

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA RÈGLE

Minor restituitur
non tamquam minor,
sed tamquam laesus

ET DE LA

PROTECTION DU MINEUR NON ÉMANCIPÉ
DANS LE DROIT CIVIL FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT (Sciences juridiques)

PRÉSENTÉE ET SOUTÈNUE

Le Samedi 6 Juin 1914, à 3 heures de l'après-midi

PAR

Jacques FONLUPT-ESPÉRABER

DOCTEUR EN DROIT (Sciences Politiques et Économiques)

Président : M. CAPITANT, professeur.

Suffragants { M. PLANIOL, professeur.
 { M. GIRARD, professeur.

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU

RECUEIL SIREY

A^{ns} M^{re} Larose et Forcel

22, Rue Soufflot, PARIS-5^e

LÉON TENIN, Directeur

1914

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

**La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses ;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.**

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA RÈGLE

Minor restituitur

non tamquam minor,

sed tamquam laesus

ET DE LA

PROTECTION DU MINEUR NON ÉMANCIPÉ

DANS LE DROIT CIVIL FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT (Sciences juridiques)

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le Samedi 6 Juin 1914, à 3 heures de l'après-midi

PAR

Jacques FONLUPT-ESPÉRABER

DOCTEUR EN DROIT (*Sciences Politiques et Économiques*)

Président : M. CAPITANT, professeur.

Suffragants { M. PLANIOL, professeur.
 { M. GIRARD, professeur.

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU

RECUEIL SIREY

A^{me} M^{me} Larose et Forcel

22, Rue Soufflot, PARIS-5^e

LÉON TENIN, Directeur

1914



PRINCIPAUX OUVRAGES CONSULTÉS

- ARGOU *Institution au droit français*, 1730.
- AUBRY et RAU.... *Cours de droit civil français*, 4^e éd.
- BEAUMANOIR *Coutumes de Beauvaisis*, éd. Salmon,
Paris, Picard, 1899.
- BERTHON DE FROMENTAL. *Décisions de droit civil français*,
Lyon, 1708.
- BONIFACE..... *Arrêts notables de la Cour du Parlement
de Provence*.
- BOURJON *Le droit commun de la France et la cou-
tume réduits en principes*. Paris, 1747.
- BOUTILLIER *La Somme rurale*, éd. de Charondas le
Caron, Lyon, 1621.
- BRISSAUD *Manuel d'histoire du droit privé*. Paris,
Fontemoing, 1908.
- BURCHARDI *Die Lehre von der Wiedereinsetzung
in den vorigen Stand*. Göttingen, 1831.
- DENISART *Collection de décisions nouvelles*,
Paris, 1771.
- DERNBURG..... *System des Römischen Rechts*. Berlin,
Müller, 1910-1912.
- DOMAT *Les lois civiles dans leur ordre naturel*,
Paris, 1777.
- FERRIÈRE *Nouveau commentaire sur la coutume
de Paris*, 1728.
- *Dictionnaire de pratique*, 1754.
- FLACH *Etude historique sur la durée et les
effets de la minorité*. Paris 1870.

- GLASSON *Histoire du droit et des institutions de la France*, t. VII. La féodalité, le droit civil. Paris, Pichon, 1896, notamment chap. XIII, § 10. Les Mineurs, chap. XIV. La famille.
- GRAVEROL SUR LA ROCHE-FLAVIN. *Arrêts notables du Parlement de Toulouse*, 1720.
- GUY-PAPE *Jurisprudence...* avec des remarques de Chorier, 2^e éd., 1769.
- HENRYS *Œuvres* avec des observations sur les changements de la jurisprudence, par Bretonnier. Paris, 1772.
- ISAMBERT..... *Recueil général des anciennes lois françaises*.
- LOUET ET BRODEAU *Recueil d'anciens notables arrêts*. Paris, 1742.
- MAYNARD *Notables et singulières questions de droit écrit*. Toulouse, 1751.
- MESLÉ *Traité des minorités, tutelles et curatelles*. Paris, in-4^o, 1752.
- MEYNIAL *Nouvelle Revue historique*, 1901, pp. 241-259. Des renonciations au Moyen-Age et dans notre ancien droit; 2^o de la renonciation au bénéfice de minorité.
- OERTMANN..... *Kommentar zum B. G. B.*
- PAPON *Recueil d'arrests notables*, éd. 1607.
- POTHIER..... *Traité des obligations*, éd. Bugnet, t. II.
— *Traité de la procédure civile*, éd. Bugnet, t. X.
- PUCHTA et KRUGER. *Institutionen*. Leipzig, 1893, t. II passim.
- SAVIGNY..... *Von dem Schutz der Minderjährigen im Römischen Recht, und insbesoudere von der Lex Plaetoria*. Berlin, 1833

- SAVIGNY..... *Traité de droit romain*, trad. Guérroux,
t. III; t. VII.
- TARDIF..... *Coutumes de Toulouse*, Paris, Picard,
1884.
- *Le droit privé au XIII^e siècle, d'après les
coutumes de Toulouse et de Mont-
pellier*. Paris, Picard, 1886.
-

DE LA RÈGLE

Minor restituitur

non tanquam minor, sed tanquam laesus

ET DE LA

PROTECTION DU MINEUR NON ÉMANCIPÉ

DANS LE DROIT CIVIL FRANÇAIS

INTRODUCTION

L'enfant est un être incomplet. Il est inapte à diriger sa vie : physiquement, moralement, intellectuellement, la nature même le frappe d'incapacité.

Autour de lui, remédiant à sa faiblesse, un cadre social dont il est le centre, une organisation dont il est le but, est chargé d'assurer son existence : la famille. Elle vit pour l'enfant ; l'enfant ne vit qu'en elle et par elle. Il est à peine un membre de la société ; il fut un temps où elle ne connaissait que la famille et son chef, non les membres de la maison ; aujourd'hui encore, elle ne s'occupe guère de l'enfant qu'à

travers la famille, en sanctionnant par le commandement de la loi certains devoirs moraux des parents et en leur imposant certaines règles de conduite fondées sur l'intérêt public.

Mais cette inaptitude première de l'enfant s'atténue progressivement : l'enfant atteint l'âge de raison, il devient un adolescent, il devient un homme. Un moment arrive où, de toute évidence, il est devenu capable de vivre par lui-même; la famille a fini son œuvre; elle s'ouvre pour laisser cette activité nouvelle s'associer à la vie économique, à la vie juridique de la société.

Pleine incapacité naturelle du tout jeune être, pleine capacité de l'homme fait, voilà deux situations nettes, faciles à concevoir. La difficulté commence lorsque se pose au législateur la question de la détermination de l'âge précis auquel il convient de fixer la fin du premier état, le commencement du second. C'est une difficulté qu'illustre de la plus frappante façon l'évolution des conceptions romaines sur ce point.

Cependant il y a là une fixation précise à laquelle la loi positive ne peut se soustraire : les rapports sociaux requièrent la sécurité d'une règle fixe. Ils ne pourraient s'accommoder d'un système qui, serrant de près en une souple adaptation l'évolution même des phénomènes naturels, tiendrait compte dans le

détail de l'évolution progressive et lente qui conduit l'enfant de sa faiblesse première à la maturité de l'âge adulte. Du point de vue de l'intérêt social, un tel système est irrémédiablement condamné. Et il l'est aussi du point de vue de l'intérêt de l'enfant.

Toutes les législations sont ainsi amenées à la précision de règles fixes, et si plusieurs législations modernes, dont la nôtre, n'ont pas cru devoir fixer de limite à l'incapacité radicale qu'implique la première enfance, toutes du moins marquent — aux environs de la vingtième ou de la vingt-cinquième année — le commencement de la pleine capacité.

Il est à peine besoin de signaler les inconvénients qu'emporte cette fixation. Bien avant le moment où l'individu jouit de la plénitude des facultés juridiques, bien avant le moment où il atteint l'âge de la capacité, le mineur est mêlé souvent — le plus souvent — aux réalités de la vie économique.

Sans doute, la jouissance de certains droits pourra lui être interdite sans inconvénient — tels le mariage, la disposition à titre gratuit ; — mais il en est d'autres dont la jouissance lui est indispensable. Soit que le mineur ait entrepris un commerce, soit — et c'est le cas de beaucoup le plus fréquent, — qu'il soit entré au service d'autrui comme ouvrier ou comme domestique, le mineur ne peut être banni de la vie juridique : l'activité économique et l'activité juridique ne sont que deux aspects d'un même phénomène.

Faisons un pas de plus : même avant l'âge où il est personnellement apte à jouer un rôle dans la vie économique, le mineur peut se trouver à la tête d'un patrimoine, posséder des biens personnels, être titulaire de droits dont l'exercice devient nécessaire à son profit sous peine de ruine. Il faudra bien donner à bail les immeubles qui lui appartiennent, traiter avec les entrepreneurs pour les réparations que ces immeubles réclament, placer les capitaux, toucher les revenus, en un mot accomplir tous les actes d'administration qu'implique l'existence d'un patrimoine. Il se peut même qu'il faille aliéner des immeubles, hypothéquer, bref faire sur le patrimoine, non seulement des actes de simple gestion, mais des actes de disposition. Nous avons développé cet exemple du mineur propriétaire; nous aurions pu développer l'hypothèse du mineur commerçant, domestique, ouvrier : que ce soit à raison du patrimoine qu'il possède ou de la fonction qu'il exerce, le mineur ne peut, sous peine de ruine, se voir refuser la possibilité d'une activité juridique.

Or la règle est l'incapacité du mineur; le mineur ne peut, il ne doit pas, en thèse générale, à raison de la faiblesse, de l'inexpérience, de la légèreté de son âge, procéder lui-même à des opérations juridiques. C'est là une prohibition écrite dans son intérêt.

Elle implique comme une contre-partie nécessaire que les actes indispensables que sa situation requiert

soient accomplis dans son intérêt par un tiers qui jouera le rôle d'un gérant d'affaires ou d'un procureur.

Et alors de deux situations l'une : ou bien le mineur, enfant légitime, possède encore la protection de ses parents, aucun de ses père et mère n'est décédé, ou bien il est privé, parce qu'il est orphelin, parce qu'il est enfant naturel, de la protection de l'un et de l'autre, de l'un ou de l'autre de ses parents.

La première hypothèse est la plus simple. Rien n'est plus naturel et plus logique, tant que ses parents vivront, que de leur confier l'exercice des droits du mineur. Le père sera administrateur des biens personnels de ses enfants, et ceux-ci trouveront dans la présence de leur mère la garantie d'une affection vigilante qui soutiendra et contrôlera par une incessante collaboration la gestion conduite à leur profit.

La deuxième hypothèse est plus délicate. La famille *stricto sensu* fait ici défaut, à qui la législation puisse confier le soin des intérêts de l'enfant. Alors apparaît la nécessité d'une institution juridique qui permette l'exercice des droits dont le mineur a la jouissance : la tutelle, dont le point de départ historique est d'ailleurs dans la famille, mais dans la famille entendue *lato sensu*. Le tuteur continue la gestion du patrimoine, accomplit les actes juridiques qu'implique la situation du mineur, contracte pour lui.

Remarquons cependant que la situation du mineur

a changé; il ne trouve pas auprès du tuteur les garanties que lui offrait le père administrateur légal. Le tuteur n'a pas pour lui la même affection; et alors même que la tutelle serait exercée par le survivant des père et mère, le mineur perdrait encore la garantie précieuse qui lui était assurée par la diligence particulière de celui des époux auquel n'était point confiée l'administration légale.

Dans les deux hypothèses, — hypothèse de l'administration légale du père, hypothèse de la tutelle, — mais plus impérieusement peut-être dans la seconde, la loi va devoir protéger le mineur contre les conséquences d'une mauvaise gestion, d'un manque de gestion. C'est la question de la responsabilité personnelle de la personne chargée des intérêts d'autrui, responsabilité qui va de soi, et que notre législation positive proclame dans l'article 450 Code civil, pour le tuteur, dans l'article 389, modifié en 1910, pour le père — ou la mère — administrateur légal.

C'est là un mode de protection du mineur, mode souvent inefficace d'ailleurs et illusoire, et dont, en tous les cas, nous ne voulons pas ici entreprendre l'étude.

C'est un autre, un second aspect du problème de la protection auquel nous voulons nous attacher.

Le mineur est incapable. L'exercice de ses droits — nous ne parlons pas ici de l'incapacité de jouissance — est confié à un tiers, à un individu chargé d'agir

au profit, dans l'intérêt du mineur. Ce gérant d'affaires — pour employer ce mot vague — peut mal agir; il peut, au lieu d'agir dans l'intérêt du mineur, agir contrairement à ses intérêts, compromettre sa situation, accomplir des actes qui lui seront préjudiciables, lui nuire ainsi; bien plus, consommer sa ruine. Cette mauvaise gestion sera-t-elle opposable au mineur, et faudra-t-il admettre qu'organisée en sa faveur, — telle est tout au moins la conception moderne, — la gestion de ses intérêts par autrui consomme sa ruine?

C'est là une première question, formulée intentionnellement en termes simplifiés, que nous aurons à examiner dans l'hypothèse classique de la tutelle. Elle se pose de façon analogue dans les hypothèses spéciales que les lois du 2 juillet 1907 et du 6 avril 1910 lui ont assimilées.

Reste une seconde question indissolublement liée à la première. Le mineur est un incapable. Il peut arriver cependant qu'au mépris de cette incapacité il agisse lui-même. Cette action peut lui être, en fait, préjudiciable ou non suivant les circonstances : il y a des mineurs sages, comme il y a des majeurs qui ne le sont point. Comment la loi assure-t-elle la protection du mineur contre les effets de son activité, quand, malgré son incapacité, il a procédé lui-même à des actes juridiques? En d'autres termes, quelle est la sanction de l'incapacité du mineur?

Aux deux questions — à la double question — que nous venons de formuler, il semble que réponde l'adage traditionnel : *minor restituitur non tamquam minor sed tamquam laesus*. L'incapacité du mineur est une incapacité de protection; elle n'a d'autre but que de le défendre contre le préjudice que lui causerait une gestion défectueuse pour lui-même de ses propres intérêts : *la protection du mineur est donc tout entière dans la rescision pour lésion*. Et ce même mode de protection fonctionne, comme contre les propres actes du mineur, contre ceux du tuteur, puisque, chargé de le représenter, celui-ci ne cesse d'accomplir effectivement sa mission et d'être en réalité le défenseur des intérêts du pupille que lorsque, cessant d'agir dans son intérêt, il le lèse, il le spolie — pour employer le langage de notre ancien droit.

L'énoncé même des questions auxquelles est consacré notre travail montre comment se présente en un bloc inséparable l'étude de la protection du mineur et celle de l'adage « *minor restituitur non tamquam minor sed tamquam laesus* » facteur de cette protection.

Notre tâche consistera à rechercher si l'adage classique résume tout le système de protection des mineurs, si son application est la seule sanction de son incapacité; et sinon, à déterminer quel est, d'une part, son exact champ d'application; quel est, d'au-

tre part, le mode de protection qui vient en compléter l'effet ; quelle est enfin la limite précise de la protection de l'incapable, en d'autres termes, quelle est la limite de son incapacité.

Que nous ne puissions aborder ces problèmes sans un examen des précédents historiques, cela est l'évidence même. L'adage « *minor restituitur...* » est un legs du droit romain que notre ancien droit a reçu et qu'il nous a transmis, comme bien d'autres doctrines romaines, avec une acception et une sphère d'application assez curieusement modifiées. Rien n'est plus suggestif ni plus instructif aussi que de suivre une telle évolution ; rien n'est plus apte à faire saisir le perpétuel effort d'assouplissement et d'adaptation des institutions juridiques aux mœurs et aux besoins des différentes époques ; rien aussi ne peut faire mieux comprendre le caractère de *relative* vérité des institutions juridiques les plus traditionnellement admises et expliquer les réformes que des législations plus modernes que la nôtre ont apportées aux règles de protection du mineur.

Il n'est point, en vérité, de meilleure leçon, non de scepticisme, mais de relativisme, que l'examen historique — même sommaire — d'une question. Il n'est point non plus de travail qui soit plus apte à inspirer le respect du droit que ce spectacle qui nous montre l'effort qui porte les institutions vers une plus grande perfection et qui met en relief, au-delà d'une appa-

rente immutabilité, la souplesse avec laquelle les textes et les institutions s'adaptent en réalité à des conceptions et à des besoins variables.

DROIT ROMAIN

Il n'est point possible de tracer de la situation de l'incapacité en droit romain (1) un tableau même rapide sans rappeler aussitôt comme un trait essentiel et dominant de cette situation, l'organisation de la famille romaine et l'institution de la *patria potestas*.

A l'intérieur de la *familia*, le *pater* est un maître; il absorbe dans son unique personnalité l'activité de tous ceux qui sont soumis à sa *potestas* : le *filius*, la *filia* *familias*, quel que soit leur âge, quelle que soit même leur dignité, ne cesseront pas d'être, à côté des esclaves, auxquels les assimile dans une très large mesure la première rigueur des principes, comme des étrangers au commerce juridique. Si, en fait, ils rendent le *pater* créancier, s'ils le rendent même débiteur, tout au moins par leurs délits, c'est qu'ils sont, à l'instar des esclaves, des agents de la volonté du *pater*, ou qu'ils figurent dans sa puissance : ce n'est pas qu'ils soient capables.

La capacité, à cette époque, est l'attribut exclusif des chefs de familles. La question de l'incapacité de

(1) Girard, pp. 136 et suiv., pp. 464 et 465, surtout note 2. — Dernburg, *System des römischen Rechts*, p. 84 et note 5.

fait ne se pose donc pas pour les *alieni juris*, incapables de droit, aussi longtemps du moins que subsista le premier état du droit.

Elle ne se posera que plus tard, lorsqu'aura été admise la théorique capacité des personnes *alieni juris* et lorsque la conception nouvelle du pécule, faisant apparaître le *filius vice patris familias*, aura donné à son aptitude à devenir débiteur un support économique plus réel et surtout plus actuel que l'espoir lointain, et, en un sens, hypothétique, de recueillir la succession paternelle.

Venons-en à l'hypothèse classique où, dès le premier état du droit, se pose la question de l'incapacité, à l'hypothèse des *sui juris*.

La *patria potestas* a subi sa cause d'extinction normale : la mort a mis fin à l'autorité du pater. Le *filius* devient *pater familias*; la *filia* — *familiae suae* et *caput et finis* — recueille sa part de biens dans la succession du pater décédé. Des patrimoines nouveaux sont apparus, dont la gestion requiert l'intervention d'une capacité juridique.

Or il se pouvait que, placés à la tête de ces patrimoines, mêlés par là-même à la vie économique, les *alieni juris* de la veille, devenus *sui juris*, fussent, à raison de leur âge, plus ou moins inaptes à l'activité juridique.

Dans le principe, les Romains admettaient que

cette inaptitude cessait avec la puberté, et ils faisaient ainsi coïncider l'âge de la capacité juridique avec le moment où intervient l'aptitude physiologique à la procréation. Mais, encore que, dans la réalité des faits, le développement génésique ne soit, pas plus que le développement des facultés intellectuelles, lié à un âge absolument déterminé, ils avaient fixé — telle est du moins la doctrine généralement admise — le moment de la puberté à l'expiration de la quatorzième année pour les garçons et de la douzième année pour les filles.

Jusque-là l'incapacité des jeunes gens était complète, et leurs biens étaient — autant, et plus peut-être, que dans leur intérêt propre, dans l'intérêt de leurs héritiers éventuels — confiés à l'administration d'un tuteur.

Cette radicale incapacité avait ses inconvénients : Le droit romain a longtemps ignoré, en effet, la théorie de la représentation, et beaucoup d'actes qui ne pouvaient être faits que par la partie intéressée elle-même se trouvaient dès lors pratiquement interdits à l'impubère (1), puisque le tuteur ne pouvait y procéder en son nom. « Le tuteur de l'impubère, remarque Savigny (2), aurait pu cultiver ses terres, recevoir les fermages et les intérêts des capitaux, pourvoir à son entretien, en un mot, administrer les

(1) Girard, p. 213.

(2) Savigny, *Traité de droit romain*, t. III, p. 25.

affaires courantes; mais les actes juridiques les plus avantageux et les plus nécessaires, la mancipation, la stipulation, le contrat de vente lui eussent été complètement interdits au grand détriment de son pupille.» On ne peut mieux signaler les lacunes évidentes du système.

Ces considérations pratiques conduisirent les Romains à distinguer parmi les impubères différentes catégories.

La fixation à un âge précis du commencement de la capacité n'avait d'autre but que de donner au commerce juridique la sécurité d'une règle fixe. L'âge choisi était celui de quatorze ans, parce que c'est aux environs de cet âge que, sous le climat d'Italie, la nature elle-même fixe l'aptitude à contracter mariage, et qu'il avait semblé naturel de solidariser avec l'exercice de ce droit, l'exercice des autres facultés juridiques. La question se posant de faciliter à l'impubère l'accomplissement de certains actes avantageux pour lui, il fallait faire fléchir la règle devenue gênante sur certains points.

L'âge de la puberté ne pouvait être avancé — les discussions des jurisconsultes (1) nous indiquent qu'il eût plutôt été question de le retarder, — mais il suffisait d'avoir égard à la réalité des choses, il suffisait de se souvenir du caractère progressif du

(1) Savigny, *loc. cit.*, p. 57.

développement des facultés humaines, pour corriger ce que la fixation de la capacité à un âge rigoureusement déterminé pouvait avoir de gênant. Et c'est ainsi que les Romains furent amenés à traiter d'une façon spéciale parmi les impubères, les *proximi pubertati*. A ceux-là, ils permirent d'agir par eux-mêmes pour tous les actes qui ne pouvaient leur causer aucun préjudice, et d'agir avec l'assistance de leur tuteur pour les actes qui pouvaient rendre leur condition pire. Grâce à l'*auctoritatis interpositio*, tous les actes concernant le patrimoine devinrent ainsi possibles à l'impubère qui se trouvait *prope pubertatem*.

Les Romains allèrent plus loin. Frappés des facilités apportées par le correctif — tout conforme à la nature des choses — admis par eux en faveur des *proximi pubertati*, ils acceptèrent, *utilitatis causa*, une *benigna interpretatio* en vertu de laquelle les facilités reconnues aux *proximi pubertati* furent étendues à tous ceux qui *fari possunt*, c'est-à-dire à tous ceux qui sont capables, non seulement d'émettre des mots ou des phrases, mais encore de comprendre, sinon l'opération juridique que ces *verba* servaient à réaliser, du moins le sens des paroles employées. Mais à cet adoucissement même de la règle, le droit établit un point de départ précis : la limite de l'*infantia* fut fixée à l'âge de sept ans.

Voici quelle est dès lors l'incapacité du pupille et

quelles en sont les sanctions : jusqu'à sept ans, c'est-à-dire jusqu'à la fin de l'infantia, l'impubère est incapable de tout acte juridique; après sept ans, c'est-à-dire une fois sorti de l'infantia, il est doué d'une certaine capacité, il peut accomplir sans le consentement de son tuteur les actes qui rendent sa condition meilleure, et, avec le consentement de son tuteur, les actes mêmes qui peuvent rendre sa condition pire.

Si l'impubère fait seul, c'est-à-dire sans l'auctoritas de son tuteur, un acte qui peut lui causer un préjudice, — tel un emprunt, telle une vente, — cet acte sera nul, sauf l'application de la règle qui interdit de s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui.

Quant aux actes accomplis par le tuteur sur le patrimoine de son pupille, ils sont pleinement opposables à l'impubère : ils sont accomplis *domini loco* et sont aussi valables que le seraient des actes faits par un individu capable sur son propre patrimoine. C'est là une règle à laquelle le droit civil ne fera d'exceptions que pour les actes où les intérêts du pupille sont opposés à ceux du tuteur, pour les donations, et enfin pour les actes de mauvaise foi du tuteur.

* * *

A la puberté, la tutelle prenait fin : la capacité commençait. Cependant les femmes ne sortent de la tutelle des impubères que pour tomber sous une tutelle spéciale, la *tutela muliebris*, et il nous faut

noter ici que la suite de nos développements ne les concerne donc pas, tout au moins jusqu'au moment où, sous les empereurs, la tutelle des femmes cessa d'être en usage. Les hommes, au contraire sont pleinement capables, et, à part quelques actes tout à fait exceptionnels — tel l'affranchissement des esclaves —, le jeune pubère de quatorze ans est traité désormais comme un adulte.

Cet âge nous semble, dans nos civilisations plus avancées, singulièrement prématuré, et il est bien certain qu'à Rome même on ne tarda pas à sentir les inconvénients d'une capacité si précoce. Comme l'écrit fort judicieusement Savigny, « c'est tout au plus à une époque où la simplicité et l'honnêteté des mœurs ne sont pas encore mises en péril par une notable richesse des particuliers, qu'une telle situation peut paraître supportable » (1). La prudence et l'expérience habituelles à cet âge ne rendent guère vraisemblable, en effet, une sage gestion du patrimoine, que la complication progressive des rapports sociaux, l'accroissement de la richesse et le changement des mœurs allaient rendre chaque jour plus difficile.

Un premier moyen s'offrait à la pratique de protéger quelque peu l'adolescent pubère sans porter

(1) Ein solcher Zustand konnte *höchstens* in Zeiten erträglich gefunden werden, in welchen die Einfachheit und die Ehrbarkeit der Sitten noch nicht durch bedeutenden Reichtum Einzelner gefährdet wurde. Savigny, *von dem Schutz*, p. 4.

atteinte aux règles traditionnelles. La puberté — en règle générale du moins — était liée à un âge fixe; mais cet âge n'était révélé au public et n'avait d'effet juridique qu'autant que le pupille avait quitté la prétexte pour revêtir la robe virile (1). Il dépendait de l'accord du tuteur et du pupille de retarder cet événement, et, par conséquent, de retarder d'autant le moment de la capacité. Mais c'était là un remède tout à fait insuffisant. Il fallait en trouver un autre.

Il ne pouvait être question de reculer tout simplement l'âge de la capacité. C'était là un procédé radical auquel répugnait le traditionnalisme avisé des Romains, et, de plus, ce procédé se heurtait ici à une objection majeure dont on ne saurait trop mettre en relief la capitale importance. L'individu pubère était apte au mariage; il était apte à posséder la *patria potestas*, « cette autorité absolue et presque proverbiale reconnue au *paterfamilias* romain sur sa postérité » (2). D'un tel individu, on ne pouvait, en vérité, faire un incapable.

Sans doute, il était théoriquement passible de reculer l'âge auquel il était permis de contracter mariage. Mais le réalisme des Romains pouvait difficilement accepter un pareil expédient : « L'impossibilité de

(1) Savigny, *Traité de droit romain*, t. III, pp. 60-67. Rapprocher Puchta, *Institutionen*, § 202.

(2) Girard, *Manuel*, p. 136.

contracter mariage, imposée à l'impubère, dit Puchta, n'est sous aucun rapport une limitation à sa capacité d'agir; l'incapacité de contracter mariage n'est qu'une conséquence nécessaire qu'entraîne avec elle l'incapacité radicale de vivre dans l'état de mariage» (1).⁷ Tel est, dans la conception traditionnelle — à laquelle reste fidèle aujourd'hui le droit canon — le lien étroit qui rattache le droit au fait. On s'explique que, logiques avec cette conception, les Romains n'aient pas songé à reculer l'âge de la puberté légale.

C'est donc par des procédés tout à fait différents que le droit romain a cherché à résoudre, et a progressivement résolu, le difficile problème qui se posait à lui.

Il commença, dans le cours du vi^e siècle, par protéger contre toute tromperie le pubère âgé de moins de 25 ans. Ce fut le but de la loi *Plaetoria* (2). Elle traita comme un délit le fait de passer avec un mineur un contrat entaché de dol; et punit le cocontractant d'une peine qui entraînait l'infamie. Elle accorda en même temps au mineur de 25 ans un moyen civil de ne pas exécuter l'obligation frauduleuse, moyen

(1) ... Die Unmöglichkeit einer Eheschließung bei den unmündigen (ist) in keiner R $\ddot{u}$ ch R $\ddot{u}$ cht eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit, es ist die Unfähigkeit in einer Ehe zu leben, die jene Unfähigkeit, eine Ehe zu schliessen, nur zur nothwendigen Folge hat. Puchta *Inst.*, t. II, p. 35.

(2) V. Savigny, *Von dem Schutz der Minderjährigen im Römischen Recht, und insbesondere von der Lex Plaetoria*.

civil qui devint plus tard une exception (1) et qui se fondit par la suite dans l'exception générale de dol. Enfin la loi permit la nomination pour tel acte particulier d'un curateur chargé d'assister le mineur : c'est au mineur qu'il incombait de demander au prêteur la nomination de ce curateur dont la présence devait rassurer les tiers qui, à cause de la protection même dont bénéficiait le mineur, auraient appréhendé de traiter avec lui. Ils se trouvaient ainsi défendus, en fait sinon en droit, contre l'accusation d'avoir usé de fraude à son égard.

Ce mode de protection du mineur était insuffisant : le mineur était bien garanti contre la fraude provenant des tiers, il ne l'était pas contre les effets de sa propre inexpérience, souvent plus dangereuse pour lui que la malhonnêteté d'autrui. De plus, même en cas de fraude, il devait prouver la tromperie dont il avait été victime, et c'est là une preuve souvent bien malaisée à rapporter. Aussi le prêteur alla-t-il plus loin que le droit civil, et déclara-t-il dans l'Edit qu'il accorderait au mineur de 25 ans la *restitutio in integrum* contre tout acte ou contre toute négligence qui pourrait lui causer préjudice.

Il n'était plus nécessaire que le mineur ait été trompé, il suffisait qu'il ait été lésé dans les conséquences de son action ou de son inaction pour qu'il

(1) Elle est signalée, D. 44, 1 de except. 7 § 1.

bénéficiât de la protection de la loi (1) : l'acte, pleinement valable en principe, accompli par lui se trouverait supprimé dans tous ses effets par la souveraine décision du préteur.

C'était là un système dangereux. Il était, sans doute, des garanties (2) contre une équité trop arbitraire : la haute situation du préteur, le caractère annal de ses fonctions, son désir de s'assurer par l'estime populaire l'élection au consulat, et aussi la faculté qui appartenait à chaque magistrat de rang égal ou supérieur au sien, et notamment aux tribuns du peuple, de s'opposer à la restitution. Il faut reconnaître cependant que, dans leurs rapports avec le mineur, les tiers étaient livrés à la discrétion de celui-ci : avait-il fait une opération avantageuse pour lui, rien ne pouvait en atteindre la pleine validité ; avait-il, au contraire, fait une affaire moins bonne, il en enlevait le bénéfice à son cocontractant dont la bonne foi n'était pas une garantie. On conçoit que, dans ces conditions, les tiers ne missent aucun empressement à traiter avec les mineurs : c'en était fait du même coup du crédit de ceux-ci et de la sécurité de ceux-là. Le mineur payait ainsi le bénéfice d'une protection excessive (3).

(1) Ut enim magistratibus leges, ita populis praesunt magistratus; vere que dici potest magistratum legem esse loquentem, legem autem mutum magistratum. (Cicéron, *De legibus*).

(2) V. Savigny, t. VII, pp. 114-115.

(3) L'observation que Savigny fait à propos de la loi *Plaetoria est* encore vraie ici : Durch die Besorgniß vor einer, wenn gleich unbe-

A cette situation, la pratique trouvait un remède dans la faculté, accordée au mineur par la loi Plaetoria de se faire nommer un curateur. Les tiers exposés aux effets de la rescision refusaient de traiter avec le pubère mineur non assisté d'un curateur, et le refus constituait à son endroit un mode de pression très efficace puisqu'il lui enlevait en fait le profit de la capacité juridique. De plus, lorsque les tiers se trouvaient contraints d'entrer en rapport avec le mineur, dans l'hypothèse de l'action en justice, dans celle du paiement à faire au mineur, enfin, hypothèse plus importante et qui n'est qu'une application de la précédente, dans celle de la reddition du compte de tutelle, dans tous ces cas, il leur était permis de solliciter eux-mêmes du prêteur la nomination que le mineur n'avait pas demandée.

La curatelle, qu'elle fût imposée aux mineurs, ou qu'elle fût volontaire, n'était en principe que spéciale : elle cessait avec l'opération même pour laquelle elle avait été organisée. Mais il semble qu'obligés en fait d'y avoir recours pour chaque opération particulière, les mineurs finirent par garder leur curateur d'une façon permanente : leur liberté n'était guère plus restreinte que par la nomination répétée de cura-

gründeten, Anklage aus jenem Gesetz, konnten gerade ehrliebende Personen abgehalten werden, sich überhaupt mit Minderjährigen in Geschäfte einzulassen, wodurch diese zu ihrem grossen Schaden gönethigt worden wären, sich an zweideutige Menschen zu wenden. *Vom Schutz*, p. 13.

teurs spéciaux, et ils y trouvaient l'avantage d'obtenir la nomination d'une personne de leur choix.

Les mineurs mêmes qui ne se résolurent point à accepter spontanément une curatelle permanente ne tardèrent pas à se la voir imposer. En effet, le curateur chargé d'assister le mineur dans la réception d'un compte de tutelle prit bientôt en mains la gestion du patrimoine remis au pubère. Il la gardait jusqu'à ce que celui-ci ait atteint l'âge de 25 ans.

Remarquons enfin que les pouvoirs de ce curateur imposé au mineur par le tuteur — débiteur qui veut opérer son paiement — étaient à peine moindres que les pouvoirs du curateur choisi par le mineur : tandis que le premier administrait la fortune remise au pupille par son tuteur, le second administrait tout le patrimoine du mineur, de quelque façon et à quelque moment que les éléments lui en soient parvenus ; et cette différence était largement compensée par le fait que le mineur pouvait se voir imposer une personne dont le choix ne répondait pas à son désir.

C'est par ce double procédé que se généralisa peu à peu la curatelle du pubère mineur organisée par la loi *Plaetoria* à titre d'institution exceptionnelle. Mais cette généralisation n'a jamais été complète, et l'on trouve encore dans le dernier état du droit romain des mineurs sans curateurs. Savigny donne de ces exceptions — exceptions à la règle nouvelle, mais

survivance de la règle ancienne — deux explications : Le mineur, dit-il, pouvait n'avoir au moment de la puberté qu'un patrimoine insignifiant, et le tuteur n'avait guère d'intérêt à lui imposer contre son gré la nomination d'un curateur; — Le *filius familias* pouvait ne devenir *sui juris* qu'après la puberté; il n'avait donc jamais eu de tuteur qui ait eu à lui faire nommer un curateur pour la réception de ses comptes (1). Si, dans ces hypothèses, il préférait rester libre et ne pas user de la faculté que lui offrait la loi, personne ne pouvait le contraindre à entrer en curatelle.

* * *

Il nous reste à montrer de quelle façon l'entrée en curatelle a peu à peu réagi sur la capacité du mineur pubère.

Les mineurs de 25 ans qui n'ont point de curateur administrent leur patrimoine; ils font sur lui tous les actes dont les majeurs sont capables; mais le prêteur peut les restituer contre ceux de ses actes qui leur occasionneraient une lésion.

Les mineurs en curatelle, au contraire, ne gèrent plus leur patrimoine : c'est à leur curateur qu'incombe ce rôle. Les tiers trouveront dans le fait de cette gestion par une personne plus expérimentée que le

(1) Il se pouvait cependant que, par testament, le pater ait imposé au fils un curateur nommément désigné.

mineur, une protection effective. Mais le mineur n'est pas un incapable. Primitivement sa capacité n'est pas touchée par la présence d'un curateur : il reste capable d'aliéner, capable de s'obliger (1). La situation juridique du mineur en curatelle est la même que la situation du mineur sans curateur ; sa situation de fait seule est différente : le prêteur lui accordera moins facilement la restitution parce que la présence à ses côtés d'un conseil expérimenté rendra moins vraisemblable l'existence d'une lésion à son préjudice.

Mais cette présence du curateur devait favoriser un changement plus profond dans la situation du mineur : la superficielle ressemblance de la curatelle avec la tutelle, la similitude du rôle joué par le curateur — le curateur-gérant, comme disent nos anciens auteurs en l'opposant au curateur aux causes — et du rôle joué par le tuteur allait faire paraître moins nécessaire en fait la capacité du pubère. C'étaient là des conditions de nature à faciliter une restriction de la capacité juridique du pubère, de cette restriction dont nous trouverons ailleurs la raison profonde, et dont il nous faut maintenant déterminer la portée.

Les institutions de protection du mineur — quel que soit le moment où on les considère, qu'elles aient pour but son propre intérêt ou l'intérêt de ses parents

(1) D. 45, 1 *de verborum obligationibus*, 101, 141, § 2. — D. 44, 7 *oblig. et action.* 43.

successibles, — ont leur centre et leur cœur vivifiant dans la volonté d'assurer la conservation, jusqu'à l'âge de l'entier développement du mineur, du patrimoine qui lui est échu. A Rome, ce patrimoine était, dans une large mesure, un patrimoine immobilier. En tout cas, par leur caractère plus périssable — et ceci est vrai notamment pour cette partie considérable des patrimoines anciens que sont les esclaves —, par les risques de dépréciation et de perte auxquels ils sont exposés spécialement dans les époques troublées, par le danger tout particulier dont les menace une mauvaise gestion, les éléments mobiliers du patrimoine étaient pour le mineur une propriété moins précieuse. C'est donc à la conservation des immeubles que le droit romain devait consacrer une spéciale attention.

Aussi voyons-nous apparaître sous Septime Sévère la prohibition d'aliéner les immeubles ruraux du mineur, ses *praedia rustica vel suburbana*. Cette prohibition (1) est adressée aux curateurs — comme elle l'est aux tuteurs — et nous trouvons dans ce fait un témoignage non équivoque du rôle considérable dévolu au curateur : c'est bien lui qui gérât, en réalité, le patrimoine du mineur.

De cette situation de fait, de cette importance réelle (2) des attributions exercées par le curateur,

(1) D. 27, 9 *de rebus eorum*, 1°.

(2) C. 2, 22 *de in integr. restit.* 3.

un texte postérieur va bientôt tirer les conséquences en assimilant à l'interdit le mineur en curatelle : les actes d'aliénation qu'il consentira seul seront *nuls* désormais, tandis que ceux du mineur non entré en curatelle seront simplement sujets à restitution.

L'existence de la curatelle a réagi sur la situation juridique du mineur ; le fait a entamé le droit : une brèche est pratiquée à la théorique capacité du mineur, et, sur un point tout au moins, le mineur en curatelle est considéré désormais comme un incapable.

Cette incapacité fut-elle limitée aux actes d'aliénation ou bien, au contraire, de l'interdiction faite au mineur d'aliéner doit-on conclure à son incapacité de s'obliger ? C'est là une grave et très délicate question que les auteurs ont diversement résolue.

Les uns ont solidarisé les deux hypothèses : incapables d'aliéner, dit Dernburg (1), les mineurs étaient nécessairement incapables de s'obliger à des prestations patrimoniales, à moins que, par là, ils n'améliorassent leur situation de fortune. Tel est aussi l'enseignement de M. Girard (2) : « (Les mineurs en curatelle) peuvent invoquer leur incapacité civile pour méconnaître l'acte fait sans le consensus (du

(1) Dernburg, *loc. cit.*, p. 86. « Diocletian erklärte schliesslich die Minderjährigen unter Kuratel für veräußerungsunfähig, da sie eutmündigten Verschwendern gleichzuachten seien. Darin lag, dass sie sich auch durch Verträge nicht mehr zu vermögensrechtlichen Leistungen verbinden konnten, sofern sie durch deren Abschluss nicht ihre Vermögenslage verbesserten.

(2) Girard, *loc. cit.*, p. 233.

curateur), même quand il n'est pas entaché de dol, quand il n'est pas entaché de lésion, quand on leur a vendu loyalement à des conditions avantageuses un esclave mort d'un accident le lendemain.» Il n'est pas possible d'affirmer d'une façon plus catégorique que, dans le droit romain des derniers siècles, l'assimilation était faite des pubères en curatelle aux impubères en tutelle.

Cette doctrine ne laisse pas que d'être séduisante : elle pousse à sa conclusion naturelle l'indiscutable évolution qui, dans le droit romain — par des moyens de fait et par des moyens de droit —, semble porter vers une situation identique les mineurs de 25 ans et les impubères; elle déclare accomplie une unification juridique que nous ne trouvons qu'esquissée, et ratifié par le droit un rapprochement, incontestable dans les faits, entre la tutelle et la curatelle, entre l'emploi de l'auctoritatis interpositio et l'intervention du consensus. Il nous semble impossible cependant d'admettre ce système dont nous apercevons bien l'ébauche, mais dont rien ne nous paraît impliquer l'achèvement.

Les auteurs qui le soutiennent le bâtissent tout entier sur une constitution de Dioclétien (1) que nous avons déjà citée. Ce texte, il est vrai, ne contredit pas

(1) C. 2, 22 *De in int. restit.* 3 « Si curatorem habens minor quinque et viginti annis post pupillarem aetatem res vendidisti, hunc contractum servari non oportet : cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui a praetore curatore dato bonis interdictum

leur système, mais il est très loin, à notre sens, de l'imposer. Il ne vise explicitement que la seule hypothèse de la vente, et, sans même nous arrêter à l'argumentation formaliste que permettrait le vieil adage : « qui de uno dicit, de altero negat », l'interprétation restrictive à laquelle nous nous rallions peut invoquer dans son sens des arguments qu'il est permis de trouver décisifs.

Ce sont d'abord des arguments de textes. A plusieurs endroits (1), en effet, l'on trouve dans les compilations justiniennes des textes qui affirment la capacité du mineur et opposent à ce point de vue le pupille au pubère. Ils ne font pas mention de l'incapacité du pubère en curatelle, ils y contredisent formellement (2). Exception faite de l'hypothèse de la vente, les actes du mineur ne sauraient donc être nuls; ils ne donnent ouverture qu'à l'in integrum restitutio.

D'autres arguments viennent corroborer cette conclusion. Elle est de nature à satisfaire mieux qu'aucune autre aux besoins de la pratique : aussi bien que la nullité, elle sauvegarde le patrimoine des mineurs et le défend effectivement contre toute

est. Si vero sine curatore constitutus contractum fecisti: implorare in integrum restitutionem, si necdum tempora praefinita excesserint, causa cognita non prohiberis.»

(1) D. 45, 1, *De verborum oblig.* 101; 141, 2; D. 44, 7, *De oblig. et act.*, 43. *

(2) D. 45, *De verborum oblig.*, 101.

diminution qui aurait sa cause dans la moindre expérience ou la moindre sagesse de son tuteur; mieux que la nullité, elle permet au magistrat chargé de l'appliquer de s'attacher à la réalité économique, de n'annuler que les actes réellement préjudiciables aux mineurs, et aussi de ménager le crédit de ceux-ci en leur laissant subir un préjudice isolé plutôt que de compromettre, par une protection intempestive, leur situation à venir; seule enfin, elle empêche les mineurs d'abuser de la bonne foi des tiers en méconnaissant des actes faits par eux sans le consensus du curateur, alors que ces actes sont loyaux, avantageux même pour les mineurs, et que le préjudice intervenu est la conséquence d'un accident, étranger au contrat. Il serait incompréhensible que, pour satisfaire à une conception de pure logique, à la préoccupation théorique d'unifier le mode de protection du mineur en curatelle, les Romains aient sacrifié ce moyen si souple, si exactement adapté aux besoins de la vie qu'est la *restitutio in integrum*, pour se rallier au système de la nullité adopté par eux pour l'hypothèse particulière de l'aliénation. C'eût été là un de ces progrès à rebours dont s'accommodent parfois les spéculations intellectuelles, mais que la pratique ne supporte que malaisément. Encore faut-il remarquer ici que l'*in integrum restitutio* s'intègre plus exactement que la nullité dans le système généralement admis et qui fait de l'assistance du curateur une simple garan-

tie de fait, non une garantie de droit pour les cocontractants du mineur.

Reste à concilier le maintien de la restitution en règle générale avec l'adoption de la nullité dans le cas particulier de la vente. C'est là une conciliation qui ne nous semble pas impossible (1).

La vente est un acte plus dangereux qu'un autre même lorsqu'elle est consentie au juste prix, elle peut être néfaste pour le mineur qui transforme en numéraire, facile à dissiper, un bien dont la difficulté de réalisation était une protection pour lui. De plus, dans ce cas, la situation du mineur est, au point de l'action en restitution, spécialement désavantageuse : une fois la livraison faite, l'acheteur n'a pas à demander au mineur l'exécution d'une obligation. Aucune action de sa part ne va inciter le mineur à impêtrer la restitution et bientôt l'expiration du délai utile rendra inattaquable sa situation. On conçoit qu'il y ait eu de sérieuses raisons de traiter avec une particulière rigueur les aliénations consenties par le mineur.

Nous avons vu quel est le sort des actes du mineur en curatelle lorsqu'il agit seul. Voyons maintenant ce que devient le sort de ses actes lorsqu'il est assisté. Le curateur gère le patrimoine de son mineur, avon-nous dit. Rectifions la formule. Il fait avec son mineur les actes que requiert l'administration de ce patrimoine, il l'assiste.

(1) Sur ce point, V. Flach, *loc. cit.*, p. 17.

Mais parmi les actes que l'individu peut faire sur sa fortune, il en est un qui progressivement va devenir impossible au mineur, même régulièrement assisté : c'est l'aliénation. Nous savons déjà que l'oratio Severi a prohibé l'aliénation des immeubles ruraux et suburbains. C'étaient là pour le mineur les biens les plus précieux, ceux dont le revenu est le plus sûr, et l'entretien le moins coûteux ; c'étaient ceux surtout dont la conservation était la moins dangereuse dans un régime juridique qui ignorait la pratique de l'assurance contre l'incendie (1). Après les biens ruraux, la règle s'étendit aux autres biens des mineurs : par un renversement des principes anciens qui prescrivaient aux tuteurs et curateurs de vendre le mobilier et les biens urbains, les *praedia urbana* et même les meubles précieux furent atteints par la prohibition d'aliéner.

La précision même des textes ne laisse point de doute sur la portée très large de la mesure imposée par la règle nouvelle. Elle ne laissait subsister des pouvoirs de disposition du mineur assisté que ce qui est indispensable à l'administration même d'un patrimoine : pouvoir d'aliéner les objets devenus inutiles — *vestes quae detritae usu, seu corruptae servando servari non potuerint*, — les animaux superflus (2), et, cela allait de soi, les produits de l'exploitation agricole (3).

(1) Sur ce point, Dernburg, *loc. cit.*, p. 905, note 1.

(2) C. 5, 37. *De periculo tut. et curat.*, 22.

(3) C. 5, 37, *De periculo*, 28 § 5.

Faites en violation de la prohibition, les aliénations étaient radicalement nulles — jam ergo venditio nulla sit —. Le mineur n'avait pas besoin pour les faire tomber d'avoir recours à la *restitutio in integrum* et il gardait le droit de faire valoir cette nullité alors même qu'ayant obtenu la *venia aetatis* il ne bénéficiait plus de la protection accordée par le prêteur au mineur de 25 ans.

Cependant dans des cas exceptionnels, l'aliénation prohibée en règle générale devenait permise : soit qu'elle fût autorisée par le testament de celui qui avait laissé les biens au mineur, soit qu'elle fût forcée, soit encore qu'elle fût reconnue nécessaire par le magistrat pour payer les dettes de la succession (la vente sur décret). Dans ces hypothèses, la vente était valable, mais restait soumise néanmoins à la possibilité de la rescision. La restitution vis-à-vis des actes accomplis sur le patrimoine du mineur en curatelle — assisté ou non assisté — nous apparaît ainsi comme un mode général de protection auquel ne saurait faire échec même la préalable intervention du magistrat (1).

A ce principe, faut-il admettre, avec quelques auteurs, une exception dans le cas où le curateur, préalablement autorisé par le magistrat, a assisté son mineur dans la réception d'un paiement? en d'autres termes, faut-il considérer qu'en imposant au

(1) Sic Burchardi, *loc. cit.*, § 15, pp. 248 et 249.

curateur l'obligation de se faire autoriser à recevoir un paiement et en modifiant dans ce sens l'ancien droit, Justinien a voulu exclure l'emploi ultérieur de l'*in integrum restitutio*, que telle est la valeur de la *plenissima securitas* qu'il promet au solvens? (1). C'est là une doctrine que les textes paraissent impliquer et contre laquelle il n'est guère possible d'invoquer qu'un texte du Code dont la portée est équivoque et le sens obscur (2).

Si même l'on admet avec Savigny que dans ce cas la restitution peut encore être demandée, il est bien certain que la formalité introduite par Justinien donnait aux débiteurs une garantie de plus et que « le besoin de la restitution disparaissait ainsi de soi-même » (3).

Reste une dernière hypothèse, celle du paiement des intérêts, des loyers et des autres prestations périodiques dues au mineur. Là, le débiteur peut se libérer entre les mains du curateur sans l'autorisation préalable du magistrat (4). Le paiement ne sera pas nul de ce fait. Pourra-t-il, si l'argent est perdu par le mineur, être attaqué par la voie de l'*in integrum restitutio*? La controverse est la même que pour le

(1) *Inst.*, 2, 8 *Quibus alienare*, 2; C. 5, 37, *De admin. tut. vel curat.*, 25

(2) C. 2, 33, *Si adversus solutionem*, 1. Toute la difficulté est de savoir s'il s'agit dans ce texte de paiements faits sans intervention de justice ou de paiements préalablement autorisés.

(3) Savigny, *Traité de droit romain*, t. VII, p. 157.

(4) C. 5, 38, *De periculo tut. et curat.* p. 25.

paiement des capitaux et la solution, dans l'un ou l'autre sens, également difficile à concilier avec les textes. Encore faut-il observer qu'il n'est pas possible que, pour de pareils actes, la restitution ait eu en pratique un rôle considérable. Devant un emploi habituellement fréquent de la rescision, personne n'aurait accepté de traiter avec un mineur, et on est en droit de se demander à quoi eût servi l'institution de la curatelle si, en fait du moins, la présence du curateur n'avait été pour les tiers de bonne foi une efficace garantie. La théorique admissibilité de la restitution ne peut faire échec à ces considérations.

Pour la clarté de notre exposé, résumons brièvement les solutions que nous venons d'établir :

1^o En règle générale, le mineur ne doit agir qu'avec le consensus de son curateur. Mais l'absence de ce consensus n'a pas pour conséquence la nullité : les actes accomplis par le mineur seul ne sont soumis qu'à l'*in integrum restitutio*.

2^o Exceptionnellement, il est deux catégories d'actes que le mineur ne peut accomplir seul : ce sont les actes d'aliénation et la réception d'un capital. Accomplis par un mineur seul, ces actes sont nuls.

3^o En règle générale, le mineur doit agir avec le consensus de son curateur. Mais, accomplis avec ce consensus, les actes du mineur ne sont pas aussi pleinement valables que les actes d'un majeur :

malgré la présence du curateur, ils restent soumis à l'in integrum restitutio.

4° Il est même certains actes pour lesquels l'assistance du curateur est inopérante et dont l'accomplissement est subordonné à des conditions ou à des formalités particulières : ce sont les aliénations et la réception d'un capital. Ces actes sont nuls lorsqu'ils ont été accomplis en dehors des conditions légales ; ils sont rescindables — sauf discussion pour la réception des capitaux — lorsqu'ils ont été faits régulièrement.

Enfin signalons que l'admissibilité de l'in integrum restitutio contre certains actes d'administration courante — la perception des revenus — est fortement controversée.

Nous avons vu, dans cet historique, comment s'est dégagée peu à peu la préoccupation de protéger le pubère de moins de 25 ans ; comment la loi Plaetoria d'abord, l'édit du préteur ensuite ont organisé cette protection ; comment la curatelle s'est développée pour maintenir la protection du mineur dans de sages limites en empêchant l'emploi abusif de la restitution ; comment enfin, malgré ce correctif de fait, l'in integrum restitutio est devenue, en droit romain, admissible — sauf les réserves faites — contre tous les actes, actes du mineur seul, actes du mineur assisté, accomplis sur le patrimoine du pubère de moins de 25 ans.

Or, nous savons que toute différente était la situation de l'impubère en tutelle. Sauf quelques hypothèses tout à fait spéciales où le tuteur cesse de représenter le pupille et que vise la restriction contenue dans l'adage « *tutor in re pupilli tunc domini loco habetur, cum tutelam administrat, non cum pupillum spoliatur* », le tuteur agit sur le patrimoine de l'impubère comme un maître véritable. Il est responsable sans doute, mais les actes qu'il accomplit n'en sont pas moins pleinement valables.

Il était vraiment choquant que le pubère mineur en curatelle, auquel son âge permettait d'apprécier avec une clairvoyance plus grande l'activité du curateur et qui pouvait plus facilement refuser de se prêter à l'accomplissement d'un acte juridique préjudiciable pour lui, fût plus protégé que l'impubère en tutelle, et que le pupille ne puisse rien contre les actes de son tuteur, même les plus désastreux pour lui.

Il n'y avait aucun motif de ne pas traiter de la même façon impubères et mineurs. Bien mieux, il y avait les motifs les plus impérieux de mettre fin à cette situation singulière qui consistait à augmenter subitement, au moment de la puberté, la protection de l'adolescent. Le droit romain accomplit cette réforme : les impubères en tutelle, comme les mineurs, purent obtenir l'*in integrum restitutio* (1).

(1) C. 2, 25, *Si uxor ve curator*, 2; 3.

Il est même incontestable qu'à une époque postérieure le champ d'action de l'*in integrum restitutio*, primitivement réservé aux *sui juris*, s'élargit encore jusqu'à profiter aux *fili familias*. La question discutée du temps d'Ulpien (1) est résolue dans le sens de l'affirmative par une constitution de l'empereur Gordien (2).

A travers une longue évolution s'établit ainsi un état de droit profondément différent de celui que nous avons constaté à notre point de départ.

L'impubère reste incapable et ses actes — à l'exclusion des actes d'enrichissement — restent nuls; mais il est protégé désormais par la restitution contre les actes de son tuteur qui renfermeraient pour lui une lésion.

Le pubère de moins de 25 ans reste capable, mais il est protégé désormais contre ses propres actes, et contre les actes du curateur qui lui a été donné, par le même procédé de l'*in integrum restitutio*.

Une nouvelle institution est née de l'initiative riche de vie du préteur. Elle s'est peu à peu fortifiée à l'usage jusqu'à envahir des domaines chaque jour plus larges : elle est devenue une de ces institutions

(1) D. 4, 4. *De minor*, 3 4 et 7.

(2) C. 2, 23, *De filiofam. minori*.

capitales qui vont se perpétuer à travers les siècles et que le monde romain va léguer aux civilisations modernes.

ANCIEN DROIT

Il ne saurait entrer dans nos intentions d'entreprendre ici l'étude détaillée de ce que fut, aux différentes époques de notre ancien droit, la protection du mineur. Notre tâche est plus étroite et plus nettement délimitée : nous devons voir ce que sont devenues dans l'ancien droit, les règles de protection de l'incapable élaborées par le droit romain, et rechercher au travers de quelles applications — et de quelles déformations — elles sont parvenues jusqu'à nous.

1^o DROIT ÉCRIT

Il est certain, tout d'abord, que, dans les régions du Midi où la conquête romaine avait poussé des racines plus profondes et avait modelé les mœurs et les idées des populations conquises sur celles des conquérants, les règles romaines ne disparurent point.

Encore faut-il constater qu'elles n'y furent pas très exactement et très complètement suivies.

C'est ainsi que, dans les pays de droit écrit, la puberté conserva l'importance primordiale qu'elle avait dans l'ancien droit romain, et que les pubères furent traités en principe comme pleinement capa-

bles. L'ancienne coutume de Toulouse, notamment, décidait que le sui juris majeur de 14 ans, et mineur de 25 ans, pouvait non seulement s'obliger — ce qui était resté la règle romaine au temps de Justinien — mais même aliéner et ester en justice sans être assisté d'un curateur (1).

Dans ce régime, la curatelle apparaît comme une institution exceptionnelle, et il est exact de dire que « régulièrement on ne donne pas un curateur au mineur contre sa volonté » (2). Le mineur agit donc librement. Il est maître de son patrimoine, il peut le compromettre par sa légèreté et son inexpérience : la *restitutio in integrum*, *ratione minoris aetatis*, ne lui est pas accordée.

La restitution, en effet, apparaît, dans la coutume de Toulouse, comme liée à la présence du curateur : c'est seulement quand, par la volonté de son père, le mineur a subi une limitation de sa pleine indépendance, ou que les consuls de la ville lui ont nommé un curateur, que la rescision peut atteindre les actes du mineur agissant seul. Sa légèreté alors est patente ; elle a été manifestée au dehors par l'organisation de

(1) *Consuetudines Tholose*, t. IV. *De minoribus viginti quinque annorum*, 7. « Major quatuordecim annis minor viginti quinque, pater mortuo, potest se obligare, emere et vendere, et contractus alios celebrare, et potest esse in causa seu causis et habet personam standi in iudicio. »

(2) Maynard, *Arrêts du Parlement de Toulouse*, t. II, chap. IV. — Comparer *Instit.* I, 23 ; *De curatoribus*, 2 : Item inviti adolescentes curatores non accipiunt, praeterquam in litem.

la curatelle : il doit être protégé. La restitution sanctionne l'absence de consensus du curateur.

Elle n'atteint pas, par contre, les actes du curateur. Tandis qu'à Rome, après avoir été d'abord le moyen essentiel (et presque unique) de protection du pubère, livré à lui-même, contre les dangers que faisaient courir à son patrimoine la faiblesse et la légèreté de son âge, l'*in integrum restitutio*, devint, par la suite, un moyen subsidiaire de protection pour le cas où, au lieu d'être protégé par la présence de son curateur, le mineur aurait vu ses intérêts mal défendus, et, plus tard, fut enfin étendue jusqu'aux actes des tuteurs, elle restait, dans la coutume de Toulouse, limitée aux actes du mineur en curatelle agissant seul. Les actes auxquels participait le curateur étaient traités comme les actes du tuteur sur le patrimoine de son pupille : ils étaient pleinement valables (1) s'ils ne constituaient que des actes d'administration. Et même dans l'ordonnance des réformateurs du Languedoc, dans l'*Arrestum Sane* de 1285 (2), on ne trouve aucune trace d'un élargissement quelconque de l'emploi de l'*in integrum restitutio*.

Une catégorie d'actes cependant était traitée différemment : les ventes passées par les tuteurs et curateurs n'étaient valables que sous certaines conditions de forme : « *factis tribus*

(1) *Consuetudines Tholose*, t. III. *De tutoribus et curatoribus*, 5.

(2) Tardif, *Coutumes de Toulouse*, Paris, Picard, 1884, pp. 81 et suiv.

tubiciniis et facta confirmatione per Consules.»

Telles étaient les règles admises au ^{xii}^e et au ^{xiii}^e siècles. Elles laissaient au mineur pubère une liberté extrême et tout à fait dangereuse pour lui. Les exigences de la pratique et l'étude des textes romains devaient contribuer à la limiter.

D. — Ce fut d'abord le « habet personam standi in iudicio » de l'ancienne coutume qui fut entamé, et Graverol (1) nous atteste, sur un arrêt contraire rendu par le Parlement de Toulouse le 1^{er} février 1586, que, de son temps, ce Parlement avait coutume de casser les sentences rendues contre un mineur sur « le seul défaut d'avoir été poursuivies contre des mineurs, sans leur avoir été pourvu de curateur. »

Brodeau sur Louet (2) rapporte dans ce sens un arrêt topique du 10 juin 1665, rendu en la seconde Chambre des Enquêtes du Parlement de Toulouse, et qui restitue un mineur contre un autre arrêt rendu contre lui « par la seule raison qu'il avait été rendu sans être défendu par un curateur; et encore bien que ledit arrêt eût été rendu contre un frère du

(1) Graverol sur la Roche-Flavin, *Arrêts notables du Parlement de Toulouse*, Toulouse, 1720, p. 211. Nous sommes ici en présence d'une nullité indépendante du préjudice subi par le mineur : elle a lieu « quand même les sentences seraient autrement bien faites et *qu'au fond elles seraient justes*. » Graverol signale cependant (*ibid*) un arrêt du 15 mars 1675 qui a maintenu une décision « parce que les actes et es procédures qu'il avait faits, sans ministère du curateur tournent à son avantage. »

(2) Brodeau sur Louet, lett. M, 7.

mineur, que ce frère ne se plaignit point dudit arrêt, *qu'il ne parût rien d'injuste au fond* et que le mineur fût prêt de sa majorité.» Et Brodeau ajoute : « Le motif de l'arrêt est qu'il faut à l'égard des mineurs *s'en tenir* scrupuleusement et littéralement à ce qui est posé par les *Loix*, sans quoi la jurisprudence qui les sauvegarde deviendrait confuse, incertaine et arbitraire. »

Cette décision nous permet de saisir à la fois l'action des règles romaines corrigeant les prescriptons de l'ancienne coutume, et la distinction très nette qui fait admettre dans notre hypothèse, non la théorie de la rescision, mais celle de la nullité. Telle était aussi dès le *xv^e* siècle la jurisprudence du Parlement de Grenoble (1).

Signalons cependant que, contrairement aux lois romaines (2), il n'était pas toujours nécessaire en matière criminelle que les mineurs soient « assistés de tuteurs ou curateurs. » Ils ne pouvaient sans doute être accusateurs, se porter « parties civiles » — comme on disait déjà en ce temps — sans l'assistance ou l'autorisation de leurs tuteurs ou curateurs, mais ils pouvaient être poursuivis sans être assistés. La raison en est que l'Ordonnance d'août 1539 (article 162) et l'Ordonnance criminelle de 1670

(1) Guy Pape, *Jurisprudence ...avec des remarques de Chorier* 2^e édition, 1769, p. 282.

(2) C. 5, 59, *De auctoritate praestanda* 4.

(titre XIV, article 8) avaient décidé que les accusés, de quelque qualité qu'ils soient, seraient tenus de « répondre par leur bouche sans le ministère de conseil »(1). La jurisprudence du Parlement de Toulouse se prononçait dans ce sens, et un arrêt de 1542 (2) déclare bonne et valable une « accusation criminelle et extraordinairement poursuivie contre un mineur de 25 ans non pourvu de curateur. » L'incapacité du mineur à comparaître en justice sans l'assistance du curateur était réservée aux cas où la procédure était « civilisée et remise à l'ordinaire » (3).

B.— En ce qui touche les aliénations, la capacité du mineur ne devait pas tarder à être également limitée. Il était en effet souverainement imprudent de laisser un adolescent de 14 ans, à peine sorti de l'enfance, procéder seul à un acte aussi important qu'une vente d'immeuble — acte toujours délicat, mais plus important encore à une époque où, dans les fortunes privées comme dans l'organisation sociale, la propriété immobilière tenait la première place. De plus, il n'était point de matière où nos anciens auteurs dussent trouver dans les textes du Droit de décisions plus impérieuses et plus catégoriques : et c'était là, au

(1) Meslé, *oc. cit.*, chap. IX, p. 234. — V. Isambert, *Ordonnance Villers-Cotterets sur le fait de la justice* (août 1539) t. XII, p. 633 et *Ordonnance criminelle*, d'août 1670. t. XVIII, p. 399.

(2) Papon— *Recueil d'arrests nostables*, 1, 7, tit. I, n° 22 (édit. 1607 p. 396).

(3) Remarquons que notre jurisprudence moderne admet aujourd'hui encore la même distinction.

temps où le droit romain était considéré comme « la raison écrite », un motif de décision d'une indiscutable autorité.

Aussi, nos anciens auteurs sont-ils formels sur ce point, sans distinguer entre le cas du mineur agissant seul et celui du mineur assisté, sans distinguer non plus entre les pays de coutume et les pays de droit écrit, si ce n'est pour affirmer l'identité de la solutions dans les deux régions. « C'est une règle et maxime certaine, dit Brodeau (1), que l'immeuble d'un mineur qui est sous la protection des Loix et de la Justice, ne tombe point dans le commerce et ne peut être vendu, *soit en Païs Coutumier* ou de *Droit écrit* que sous les formes et les solennités... » Les dictionnaires de pratique n'indiquent aucune divergence dans la jurisprudence des différents Parlements. Ferrière notamment, en discutant la question de savoir si un père peut — comme en droit romain — ordonner par son testament que les biens de ses enfants mineurs soient aliénés sans l'observation des formalités légales, et en résolvant la question par la négative, déclare, après avoir rapporté, dans ce sens un arrêt du Parlement de Paris du 18 août 1588, que « c'est l'usage général de toute la France. » Il indique ainsi bien nettement que la prohibition d'aliéner est entrée dans le droit commun de la France.

(1) Brodeau sur Louet, lett. A. 5.

(2) Ferrière, v^o *Aliénation d'un immeuble appartenant à un mineur.*, — Denisart, v^o *Mineurs*.

Nous avons d'ailleurs sur cette question d'assez nombreux arrêts des toutes dernières années du XVIII^e et des premières années du XIX^e siècles qui furent rendus pour les pays de droit écrit sur la base de l'ancienne législation. S'il nous restait quelques doutes sur la doctrine que nous exposons, ils suffiraient amplement à les lever.

De cette jurisprudence il ressort, d'une part, que les mineurs ne pouvaient vendre leurs immeubles (1), — ni en faire la tradition par suite de vente (2) — sans être assistés de leurs curateurs; et, d'autre part, que les aliénations devaient être faites en respectant les formalités prescrites par les lois romaines ou admises par l'usage. Parmi ces formalités, quelques-unes (3)

(1) Toulouse, 20 août 1806, S. chr.

(2) Cass. civ. 12 ventôse, an X, S. chr.

(3) Toulouse, 28 août 1806, ne se contentant pas des publications à son de trompes conformes aux traditions du ressort, exige l'apposition des affiches bien que les lois romaines n'aient rien exigé de semblable. — Dans ce sens, les motifs d'un arrêt de Toulouse du 30 ventôse, an II (S. chr), qui affirme que telle était la jurisprudence de l'ancien Parlement de Toulouse; Contra, Cass. civ. 7 janvier 1817 (S. chr, Dalloz, Rep., v^o *Minorité*, n^o 547) qui rejette un pourvoi contre un arrêt de Montpellier en décidant en droit que « dans le ressort de l'ancien Parlement de Toulouse, aucun règlement n'ordonnait, pour la vente volontaire des biens de mineurs, qu'une affiche fût apposée... » et en constatant en fait que « la vente a été plusieurs fois publiée et affichée... » — Le même arrêt Cass. civ. 7 janvier 1817, décidait que la vente des immeubles n'était pas nulle par cela seul qu'elle avait eu lieu avant la discussion du mobilier. Toulouse 28 août 1806 admet la nullité dans ce cas. Sic. Cass. Req. 10 nivôse an XIV, S. chr). — La jurisprudence de nos anciens Parlements et un arrêt de Toulouse du 10 mars 1806 (S. chr.) décident que l'autorisation du testateur de vendre les biens de l'hérédité pour acquitter les dettes ne dispensait pas d'avoir recours aux formalités requises pour la vente des biens de mineurs. Contra Toulouse 30 ventôse an II.

pouvaient être admises par certains arrêts et rejetés par d'autres, mais le principe général restait sauf et notamment la nécessité de l'autorisation de justice n'était pas discutée (1). La sanction indiscutée de l'omission des formalités était la nullité, nullité qui ne pouvait être invoquée que par le mineur, mais qui — du moins lorsqu'il s'agissait d'un acte consenti par le représentant du mineur — ne se prescrivait que par trente ans et ne pouvait être couverte par aucune approbation ou ratification tacite des mineurs devenus majeurs (2). Que la sanction de la non assistance du curateur et de l'absence des formes nécessaires fût bien la nullité, et non la simple admissibilité de la restitution, c'est ce que confirme encore le fait que la tradition par le mineur seul de l'immeuble vendu n'était pas, dans le cas de deux ventes successives, un motif de préférence pour l'un des acquéreurs : or, d'après les règles reçues en pays de droit écrit, la priorité de tradition établissait la préférence entre deux acquéreurs successifs d'un même immeuble (3).

(1) Sur le principe, pour la vente, 2 nivôse et 13 floréal an II (S. chr); pour la tradition de l'immeuble vendu, 12 ventôse, an X (S. chr).

(2) Nîmes, 8 frimaire an XIII (S. chr). C'est là une question que nous retrouverons en étudiant la jurisprudence des pays de droit coutumier.

(3) Cass. civ. 12 ventôse an X. — Dans l'espèce, il s'agissait de deux acquéreurs dont l'un avait acheté au mineur sans observation des règles légales, et dont l'autre avait acheté au mineur devenu majeur. Aux deux, la tradition avait été faite : l'acheteur en minorité, mis en possession le premier, devait être préféré si la tradition accomplie par le mineur était seulement sujette à restitution; l'acheteur en majorité devait être préféré si la tradition était nulle. C'est dans ce dernier sens que se prononce l'arrêt cité.

J. — Après la restriction de son droit d'ester en justice et d'aliéner ses immeubles, le mineur se voit également enlever le droit de recevoir seul un paiement. « ...Le paiement fait à un mineur, soit qu'il ait un tuteur ou curateur, sans leur autorité, ou autrement qu'il n'en ait point, est mal fait et non soutenable » (1) Fait au mineur dans ces conditions, le paiement n'est pas libératoire; le débiteur reste tenu sans pouvoir opposer le paiement déjà opéré par lui, et il pourra agir contre le mineur seulement en vertu de *l'action de in rem verso*, c'est-à-dire en prouvant que les deniers payés par lui ont été employés aux « usage, profit, acquit et décharge » du mineur (2).

Étant donné les règles de la réception du paiement, il faut ne considérer que comme une formule approchée celle qui caractérise la situation du mineur pubère dans les pays de Droit écrit en disant qu'il est maître de ses meubles et du revenu de ses immeubles et qui l'assimile à un mineur émancipé (3).

(1) Maynard, *loc. cit.*, chap. LIII.

(2) Rapp. Maynard, chap. LII, où il affirme que « c'est ...ainsi que la Cour de Toulouse a accoutumé de juger. »

(3) « Il est demeuré d'usage ordinaire dans les Parlements de Droit écrit que le mineur à l'âge de puberté entre en jouissance de ses biens et devient maître de ses meubles et du revenu de ses immeubles. » Meslé, *loc. cit.*, chap. IX, p. 241. — Et plus bas : « Par les usages des Parlements de Droit écrit, l'âge de puberté donne aux mineurs le privilège de l'émancipation, à l'effet de pouvoir disposer de leurs revenus et de leurs meubles, de pouvoir même s'obliger sans l'autorité du curateur pourvu qu'ils n'aliènent point ou n'hypothèquent point leurs immeubles. » Même idée dans Ferrière *vo Mineur* : « Ainsi, en pays de Droit écrit, conformément au Droit romain, il ne faut point d'émancipation pour sortir de tutelle; le pupille devient de plein droit

Il faut ajouter que même les actes d'administration n'étaient pas indistinctement permis au mineur pubère — et c'est là une différence entre sa situation et celle du mineur émancipé —. C'est, en effet, un point délicat que de savoir si le mineur peut seul et sans formalités passer les baux à ferme de ses biens. Berthon de Fromental résout la question par l'affirmative (1), et cela peut avoir été l'usage de quelque Parlement. Il est certain, par contre, et nous avons sur ce point l'opinion concordante d'Argou, de Ferrière et de Denisart, qu'en règle générale il en était autrement. «En pays de droit écrit, et en Normandie, les baux à fermes des biens des mineurs ne peuvent être faits qu'en justice, après trois publications, comme ceux des biens d'église» (2). Une fois de plus, nous rencontrons ici des doctrines divergentes, et cela fait toucher du doigt la difficulté considérable qu'offre une étude d'ensemble des monuments jurisprudentiels et doctrinaux de notre ancien droit.

Nous venons d'examiner, en nous attachant de préférence à l'usage et à la jurisprudence du Parlement de Toulouse, la situation du mineur lorsqu'il mineur à quatorze ans accomplis, et la pupille devient mineure à douze ans aussi accomplis. C'est cet âge de puberté qui les émancipe à l'effet de pouvoir disposer de leurs meubles, et des revenus de leurs immeubles, sans avoir pour cela des Lettres d'émancipation du Prince. »

(1) Cité par Meslé, p. 241. — B. de Fromental, *Décisions de Droit civil*, v^o *Mineurs*, p. 504.

(2) Denisart, v^o *Mineur*, 57. Ferrière, v^o *Baux de biens de mineurs* Argou, *Institution au Droit français*, éd. 1730, p. 53.

n'est pas pourvu de curateur général, et qu'il a seulement été forcé de prendre dans telle ou telle hypothèse particulière un curateur autorisant.

Il peut arriver que la situation du mineur soit différente et qu'il soit placé en curatelle. Cela pouvait être le cas d'abord lorsque, en vertu du vieil usage déjà signalé dans la coutume, l'autorité publique donnait un curateur au mineur. Après avoir remarqué, en effet, que « régulièrement on ne donne pas un curateur au mineur contre sa volonté, » Maynard (1) ajoute : « Je crois néanmoins qu'il est permis au juge, selon l'exigence des cas, de donner un curateur au mineur... quoiqu'il ne soit ni prodigue, ni furieux. Comme, par exemple, lorsque le patrimoine du mineur consiste en argent ou meubles, et qu'il y a danger de dissipation, ou lorsque le mineur n'est pas propre aux affaires... » Dans ce cas, les juges exercent un pouvoir de haute tutelle en considérant qu'« il vaut mieux prévenir le mal que d'être en peine d'y remédier. » Cela pouvait être le cas ensuite, parce que le mineur, comme en droit romain, s'était librement choisi un curateur, et tel devait être, comme à Rome, le *plerumque fit*, si l'on veut bien considérer que la reddition du compte de tutelle exigeait toujours l'assistance d'un curateur.

Quelle est la situation du mineur en curatelle?

(2) Maynard, *loc. cit.*, t. II, chap. LV. Il cite un arrêt du Parlement de Toulouse du 8 janvier 1571.

Question délicate, dont nous allons aborder l'examen en éliminant dès l'abord le cas des actes pour lesquels était toujours requise l'intervention du curateur. Ces actes sont nuls lorsqu'ils ont été accompli irrégulièrement; ils le sont lorsqu'il s'agit d'un mineur en curatelle comme lorsqu'il s'agit d'un mineur non pourvu de curateur.

Restent les actes que le mineur non soumis à curatelle pouvait accomplir seul. Il n'est pas douteux que, par ces actes, le mineur s'obligeait valablement : l'acte n'était pas nul. Le mineur en curatelle, en effet, est capable de s'obliger : c'était la règle romaine, c'est aussi, en général, la règle des pays de droit écrit (1). Nous savons qu'à Toulouse notamment, la coutume reconnaissait la pleine capacité du pubère, et que son entrée en curatelle avait pour seul résultat, lorsque faisait défaut l'assistance du curateur, de lui permettre d'avoir recours à la restitution.

Mais cette distinction, acceptée par la coutume de Toulouse, dans l'admissibilité de l'*in integrum restitutio* contre les actes du mineur, ne pouvait résister aux traditions romaines qui reprirent bientôt leur pleine autorité dans les pays de droit écrit. Et, dans son dernier état, la jurisprudence des Parlements du Midi consacre, sauf quelques hésitations, les solutions

(1) Meslé, chap. IX, p. 241.

suivantes, identiques, nous le verrons, à celles qu'admirent les Parlements des pays coutumiers.

Elle ne distingue pas entre les mineurs en curatelle et ceux qui n'ont pas de curateur; elle accorde aux uns et aux autres le bénéfice de la restitution, et, refusant de considérer comme nuls les actes accomplis par eux, exige qu'ils fassent la preuve d'une lésion.

Telle est la doctrine de Berthon de Fromental (1) : « Les actes obligatoires passés par les mineurs sortis de la curatelle ne sont pas nuls de plein droit, quand ils ne contiennent pas aliénation de leurs immeubles, mais peuvent seulement être annulés par le bénéfice de la restitution en cas de lésion. » Telle est la doctrine de Ferrière et de Denisart qui, dans leur Dictionnaire et leur Répertoire, établissent le même système pour les pays du Nord et du Midi, celle de Bretonnier sur Henrys, celle d'Argou.

Il est cependant des sources divergentes. Meslé (2) notamment, dont la doctrine est d'ailleurs hésitante et contradictoire sur ce point particulier, admet que, sur la base de la loi 3 au C. de in integrum restitutione minorum, l'usage des pays de Droit écrit est

(1) Berthon de Fromental, *loc. cit.*, p. 504. — Ferrière, *Dict.*, et Denisart, *Rep. v^o Mineurs*. — Henrys, t. I. II. IV. chap. I, q. I. *Des restitutions en entier, tant pour mineurs que pour majeurs*. — Argou, *loc. cit.*, chap. XIV. *Des restitutions en entier*, p. 468 et suiv. « La minorité est encore un moyen de restitution quand elle est accompagnée de lésion, c'est-à-dire de perte; car le mineur n'est pas restitué comme mineur seulement, il faut qu'il ait été lésé... »

(2) Meslé, chap. XIV, p. 487; Contra, p. 241 où il ne distingue plus entre les deux hypothèses.

de distinguer entre les pubères qui n'ont pas de curateur et à qui est réservée la restitution, et les pubères en curatelle dont les actes seront nuls. C'est une doctrine qui paraît admise aussi par plusieurs arrêts du Parlement de Provence (1), qui défendent aux marchands de faire aucune fourniture aux mineurs sans l'ordre exprès de leurs tuteurs ou curateurs, et qui, déclarant nul les engagements des mineurs, ne laissent aux marchands la possibilité de les poursuivre que par l'action de in rem verso, en prouvant la nécessité pressante des mineurs.

Ces arrêts prouvent l'existence à ce moment d'une controverse dans laquelle le parti auquel se range Meslé ne tarda pas à succomber. Nous trouvons, en effet, au Nouveau Recueil d'arrêts du Parlement de Provence (2), deux arrêts de ce Parlement du 1^{er} avril 1705 et du 12 mai 1713 qui exigent de la part du mineur la preuve d'une lésion contre les actes qu'il veut faire tomber.

La restitution est même admise contre les contrats passés avec l'assistance des curateurs et avec l'observation des formalités légales. « Quant aux mineurs, dit un ancien auteur, dans lesquels, par la fragilité de leur âge, la prévoyance et le jugement ne sont jamais assez grands, *bien qu'assistés de leurs curateurs*, le plus souvent occupés de leurs propres affaires, se

(1) Notamment 15 avril 1636, 12 février 1658 et juin 1668. Boniface, Lyon 1708 t. I, pp. 297 et 298.

(2) Cités par Meslé, p. 504.

soucient peu de celles de leurs mineurs..., il n'est pas surprenant si on ne va pas avec eux avec la même exactitude et la même rigueur qu'avec les majeurs, qui en leur fait propre peuvent mieux pourvoir à leurs intérêts ... » (1). Aussi la jurisprudence admettait-elle, même dans les ventes sur saisie, la possibilité pour le mineur d'agir en restitution : « Il se trouve néanmoins (c'est-à-dire bien que l'efficace des criées soit grande), que par plusieurs arrêts des Cours souveraines de ce royaume, notamment de Bordeaux, il a été jugé en leur faveur (en faveur des mineurs), et que le mineur était recevable à requérir et à poursuivre la restitution en entier contre les criées, s'il avait été lésé et fraudé... » Telle était aussi la jurisprudence du Parlement de Toulouse (2).

On voit ainsi quel était dans ses grands traits le système des Parlements de Droit écrit. Il reposait sur la distinction entre deux catégories d'actes : ceux qui sont soumis à des conditions de forme et ceux qui ne le sont pas. Les premiers sont nuls s'ils sont faits irrégulièrement. Les seconds — auxquels il faut ajouter, s'ils sont régulièrement accomplis, les actes soumis à formalités — sont sujets à restitution.

Telle est la règle, et les exceptions mêmes que nous révèle l'ancienne jurisprudence sont loin d'y contredire, soit qu'il s'agisse de décisions qui rejettent la

(1) Maynard, *loc. cit.*, t. II, chap. LXXV.

(2) Maynard, *ibid.*

demande en restitution parce que le mineur a contracté une obligation en vue d'un besoin nécessaire (1), soit parce qu'il a à sa disposition une autre voie de recours (2), soit enfin parce qu'il paraît trouver une protection suffisante dans la réduction ad legitimum modum de l'obligation qu'il avait contractée (3). Le principe de l'action de *in rem verso* ou la règle que la restitution n'est accordée qu'à défaut d'une autre voie de droit suffit à expliquer ces décisions.

2° DROIT COUTUMIER

Plus encore que le système admis dans le pays de Droit écrit, c'est la doctrine admise en pays de Coutume qu'il importe d'étudier pour connaître les antécédents de notre législation moderne.

Notre très ancien droit ne semble pas avoir conçu de système juridique de protection du mineur, et il ne paraît même pas que la question ait pu se poser. Une organisation familiale en pleine vie, l'existence dans la famille d'une autorité très énergique ne lais-

(1) V. Parlement de Provence, 15 avril 1636 et 12 février 1658 cités supra Adde Parlement de Provence, 14 février 1644 et 10 février 1661 (cités par Meslé, p. 503), qui jugent que le prêt fait à un mineur dans un pays étranger est présumé fait en nécessité et ont condamné le mineur à payer en le déboutant des lettres de rescision.

(2) Arrêt de Toulouse du 18 février 1590 (cité par Maynard, t. II, q. LXXX) qui refuse de restituer un mineur contre un compromis parce que la voie de l'appel lui était ouverte.

(3) Arrêt du Parlement de Provence du 8 février 1639 (cité par Meslé, p. 532) qui condamne les héritiers d'un mineur à payer la juste estimation d'un cheval qu'il avait acheté.

sait au sous-âgé qu'une personnalité très effacée : à la mort du père, le sous-âgé tombait sous la puissance de son plus proche parent par les mâles; son patrimoine se confondait dans le patrimoine de son chef. Héritier éventuel, le chef de famille est traité comme tel dès le moment où le mineur se trouve placé sous son *mundium* : il ne devra au sous-âgé aucun compte de sa gestion, il jouira des revenus de ses immeubles, il pourra même aliéner ses meubles. Le mineur devenu capable ne pourra que lui réclamer la restitution de ce qu'il a reçu; encore n'est-il pas bien certain que cette règle s'applique aux meubles et que le « tuteur usufruitier » soit responsable de leur vente.

En réalité, dans cet état du droit, la personnalité du mineur est tout entière absorbée dans l'être moral dont le tuteur est le représentant légal. Sa capacité n'existe pas. Son patrimoine n'existe guère davantage : il ne ressuscitera, en quelque sorte, qu'au jour où le mineur, *sorti de la maison de son tuteur*, réclamera la restitution de son bien.

En attendant, le mineur est protégé contre les conséquences de son incapacité, contre la mauvaise gestion de son tuteur, par le jeu de quelques principes, dont il ne faut pas chercher l'inspiration dans le souci de l'intérêt du mineur, mais dont l'application lui est favorable. Ces principes sont les suivants :

1^o Le tuteur ne peut aliéner les immeubles du

mineur : c'est là une survivance du principe de la co-propriété de famille, principe qui régissait les immeubles à l'époque barbare. Les biens-fonds jouissent d'une particulière protection, dans l'intérêt de la famille liée à la terre, plutôt que dans l'intérêt du mineur ;

2^o Le tuteur — et c'est là l'effet d'une règle générale des législations primitives que nous avons déjà signalée en droit romain, — ne représente pas le mineur. En conséquence, il ne l'oblige pas par ses actes, et le mineur ne pourra se voir opposer, une fois sorti du mundium, des obligations contractées par son tuteur. Ajoutons que les dettes mêmes de son auteur ne lui seront pas opposables : Meubles sont siège des dettes ; le tuteur qui s'est saisi des meubles a dû payer les dettes ;

3^o Enfin (1) le mineur ne pouvait agir en justice ni en qualité de demandeur, ni en qualité de défendeur. C'est ce que Loysel exprimera au xvii^e siècle par la maxime : Sous-aagé n'a ni voix ni répons à court. Mais au temps de Loysel, la règle est à corriger par la théorie de la représentation. Jusqu'au xiii^e siècle, au contraire, l'on disait plus justement : « En aucun cas, peut-on plaider contre les sous-aagés » et la formule est vraie presque sans aucune réserve : le mineur n'est pas plus représenté en justice qu'il ne l'est pour les actes extrajudiciaires. Ni la théorie de

(1) Glasson, p. 108 et suiv. ; Brissaud, p. 163 et suiv.

la représentation en justice, ni la théorie de la représentation du mineur par le tuteur ne sont encore admises. Bien plus, la représentation du mineur par son tuteur est en radicale contradiction avec la tutelle usufructuaire où le tuteur ne gère pas le patrimoine du mineur dans l'intérêt de celui-ci, mais dans son intérêt propre.

L'idée de représentation était si étrangère à l'institution de la tutelle barbare que lorsque, peu à peu, du ix^e au xiv^e siècle, la règle s'effrite sous la double pression de l'intérêt des tiers, victimes des fraudes qu'elle facilitait, et de l'intérêt des mineurs, dont un trop long intervalle de temps risquait de rendre plus difficile l'action ou la défense, ce fut à un tuteur spécial que fut d'abord confiée la représentation du mineur. Promulguée à un moment où la tutelle s'était déjà profondément transformée, l'ordonnance de 1330 (1) elle-même veillait à ce que la représentation du mineur ne fût pas attribuée au baillistre ou au gardien qui détenait les biens du mineur.

L'ancienne conception de la tutelle, organisée plus dans l'intérêt du tuteur que dans celui du mineur, ne laisse pas que d'évoluer assez vite. Elle se conserva quelque temps dans le bail des fiefs organisé au profit des parents collatéraux du jeune gentilhomme et aux

(1) Isambert, t. IV, pp. 385-387 « Quod in eorum (minorum) favorem fuerat introductum in eorum prejudicium redundabat ». — « ...Dabitur tutor vel curator ad litem. »

dépens du droit de garde du seigneur suzerain (1), mais disparut là aussi au fur et à mesure que les services féodaux — le service d'ost notamment — disparaissaient. Il n'y eut plus lieu d'accorder à un parent successible, capable de porter les armes, des avantages destinés à le dédommager des risques qu'il courait. Au début du XVIII^e siècle, la seule trace que nous puissions trouver de cette institution ancienne est la garde-noble, accordée aux ascendants du gentilhomme et dont la caractéristique est l'existence d'un droit de jouissance des ascendants sur les biens du mineur qui est leur confié. Hormis ce cas exceptionnel, auquel il faut ajouter la garde-bourgeoise accordée aux seuls pères et mères des jeunes bourgeois de Paris — garde-bourgeoise qui est une réplique de la garde-noble — nous sommes en présence maintenant d'une tutelle organisée en faveur du mineur et dont le rôle est si prépondérant que l'acceptation pure et simple de la tutelle — institution nouvelle — exclut l'acceptation de la garde — institution traditionnelle (2).

A mesure que disparaît l'ancienne tutela usufructuaria et que le patrimoine du mineur cesse d'être considéré, au moins temporairement, comme le patri-

(1) La garde seigneuriale, reprise temporaire du fief pendant la minorité du vassal, ne subsiste qu'en Normandie.

(2) Sur tout cela, v. Bourjon, p. 900; Ferrière, *Commentaire du titre XII de la Coutume de Paris*, art. 265, 271.

moins du tuteur, la question de l'incapacité du sous-âgé change d'aspect. Jadis la question de sa capacité était tout entière dominée par l'intérêt du tuteur. Investi du patrimoine du mineur en vertu d'un droit de présuccession, le tuteur était défendu contre un appauvrissement provenant du chef du mineur par la radicale incapacité dont celui-ci était affligé : il y avait bien une incapacité des mineurs, il n'y avait pas de protection des mineurs. Cette notion d'incapacité était périmée : la tutelle cessait d'être organisée en faveur du tuteur. Et sans doute est-ce de cette époque que nous est venue la maxime coutumière : « Roturiers sont toujours en aage », maxime dangereuse que Beaumanoir va combattre, et en contradiction avec laquelle s'organisera progressivement une protection de l'incapable, moins compliquée qu'à Rome, mais où se reconnaît dès le ^{xiii}^e siècle l'influence incontestable des principes romains.

Cette influence se fait sentir par un double moyen : d'une part, par l'adoption d'une institution de protection qui est l'image fidèle de l'*in integrum restitutio* romaine ; d'autre part, par le recul progressif de l'âge de la majorité.

Dès le ^{xiii}^e siècle, Beaumanoir distingue le cas où le mineur a été valablement représenté ou assisté par son tuteur, et celui où il a agi seul : « (Sous aagiés) ne puent fere d'aus chose qui tiegne sans l'autorité de celui qui en a le bail ou la garde ». Voilà la règle de

l'incapacité du mineur. Le sous-âgé ne peut agir seul; seuls, les actes faits avec l'assistance de son représentant sont valables en principe. Voici la sanction de cette incapacité : « Et s'ils le foisoient de leur autorité et ils étoient conchié ou deceu, si le pourroient-il rappeler quant ils seroient en aage » (1). C'est, en réalité, la *restitutio in integrum* qui est accordée au mineur pour le cas, où, agissant en violation de son incapacité, il se serait lésé par ses contrats. Le langage même qu'emploie Beaumanoir rend cette assimilation plus sensible encore : il parle du « *retablissement du sous aagié* », qui « *s'aperçoit que l'on li a fet tort ou decevance ou tans qu'il fu sous aage* » (2).

Et il semble bien qu'à cette époque la voie du « *retablissement* » fût seule connue. Elle s'applique, nous l'avons vu, aux actes du mineur. Elle s'applique aussi aux actes de son représentant : parlant « *des marciés qui sont fet por les enfans sous aagiés* », Beaumanoir dit qu'on « *doit rapeler cez qui sont fet en lor damace* » (3). Elle s'applique enfin — et il semble qu'elle s'appliquait à l'exclusion de tout autre moyen — aux ventes d'immeubles. Beaumanoir décide que

(1) Cité par Brissaud, *loc. cit.*, p. 185. — Il ne semble pas que, pour Beaumanoir, l'intérêt du mineur soit la seule explication de l'incapacité où ils sont de se nuire par leurs contrats. Il dit ailleurs : « *...le sous aagié..., en nule manière ne par ans, ne par procureurs, ne puent fere convenances qui soient contre ans, pource qu'il sont en autrui poosté* ». Ed. Salmon, n° 1061.

(2) Beaumanoir, chap. *ibid*, XVI, n° 554.

(3) *Ibid*, n° 561.

si l'on achète un héritage au sous-âgé et que le mineur ensuite attaque la vente, en prétendant « qu'il fut deceus ou tans qu'il estoit sous aage », le mineur « r'aura ses mises » (1).

Dans deux hypothèses seulement, le mineur ne pouvait « plédier de la decevance » : c'était d'abord l'hypothèse où il s'était rendu coupable d'un délit, hypothèse dans laquelle il faut faire entrer, à notre sens (2), le cas où le mineur a trompé son cocontractant en jurant ou en prouvant son âge : « Et de ce qu'il jura son aage ou qu'il le prouva par témoins, il puet perdre ou gaaignier comme aagiés ». C'était ensuite l'hypothèse (3) où le mineur de plus de douze ans a promis par serment de garantir « le vente ou le mar, cié », : capable de discerner l'importance du serment acte religieux, il sera tenu dès lors de le respecter.

A la fin du xiv^e siècle seulement, on trouve dans Boutillier, à côté des textes qui concernent le « droit de restitution entérine », la règle que, « comment que ce soit, par spécial de leur héritage, ne puet estre faicte aliénation à leur préjudice » (4).

Mais alors même que fut admise en règle l'inter-

(1) Beaumanoir, ch. XVI, n° 559.

(2) Il ne s'agit pas ici, en effet, d'une simple affirmation du sous-âgé, mais d'une tromperie caractérisée par le recours à des moyens de preuve, destinés à convaincre le cocontractant.

(3) Beaumanoir, chap. XVI, n° 563.

(4) Boutillier, tit. 92. *Des pupilles*, édit. de 1621, p. 889. — Cette idée peut être une survivance des anciennes traditions germaniques; il

diction de vendre les biens des mineurs et que leur vente eût été subordonnée pour les cas exceptionnels où elle était permise, à des formalités imposées, à peine de nullité, le « restablissement » resta utile : il permettait au mineur de faire rescinder les actes réguliers en la forme qui lui auraient néanmoins fait subir quelque dommage.

La restitution restait donc le facteur essentiel de la protection du mineur, la vraie sanction de son incapacité, et on serait très près de la vérité en disant « presque le seul moyen de droit usité » (1).

Nous avons signalé qu'en même temps que se développait la sanction de l'incapacité du mineur, l'âge de la capacité avait une tendance à s'élever. Les majorités anciennes étaient singulièrement précoces, tout au moins pour les gens de roture. Seule la majorité des gentilshommes, en effet, était généralement retardée par le fait qu'ils devaient à leur seigneur le service d'ost, et que le suzerain — sous le régime de la garde seigneuriale —, les parents — sous le régime du bail des fiefs —, dans leur désir de gar-

semble cependant qu'il faille plutôt la rattacher à l'influence des principes romains qui pénètrent peu à peu notre droit. Il est à remarquer que l'idée exprimée par Boutillier ne se trouve pas dans Beaumanoir. Ce dernier ne parle pas de la nullité des aliénations et parle seulement des ventes attaquées par le mineur parce que lésionnaires : « li sous aagiés pourchace après que li marchiés est de nule valeur pour ce qu'il fu deceus ou tans qu'il estoit sous aage ». Ch. XVI, n° 559.

(1) Meynial, NRH, 1901, p. 245.

der plus longtemps les profits des biens du mineur, n'avaient nulle tendance à reconnaître trop tôt son aptitude à servir à la guerre, et par conséquent sa majorité. En France, « le titulaire d'un fief atteignait sa majorité plus tard que toute autre personne, ordinairement à 21 ans » (1).

Les roturiers, au contraire, étaient généralement majeurs dès l'âge de quatorze ans pour les garçons et de douze ans pour les filles. Le texte de Beaumanoir qui valide les ventes faites sous serment par un majeur de douze ans nous est une trace fort nette d'une capacité plus précoce encore. Cependant, dès ce moment, commence à se superposer à la majorité coutumière une deuxième majorité, imitée de la majorité romaine et à laquelle les auteurs font généralement allusion lorsqu'ils parlent des « sous-aagés » de ceux qui sont « dessous aage » (2). La protection des sous-âgés s'adresse à ceux qui n'ont pas atteint cette seconde majorité qui, à la fin de l'ancien droit, a complètement supplanté la majorité coutumière, et est très généralement fixée à 25 ans.

Ainsi, sous l'influence des idées romaines, la protec-

(1) Glasson, t. VII, pp. 113 et suiv.

(2) Beaumanoir, *loc. cit. supra*. — Boutillier, *Somme rurale*, t. XIII, *Des Tuteurs et Curateurs aux Pupilles*. « Si dois sçavoir qu'il y a différence entre tuteur et curateur : car proprement à parler le tuteur est ordonné à la cure des pupilles, et le curateur à la cure de ceux qui sont... sous-aagiés... Et dure leur pouvoir de tutelle tant que pupilles soient venus en aage de 14 à 15 ans en masle, et de 12 à 13 ans en femelle. Et le curateur... de sous-aagé tant qu'il viue dessous aage...

tion du mineur devenait singulièrement efficace : la théorie du « restablissement » le défendait contre tout dommage dans les actes de la vie juridique; le recul de la majorité lui assurait cette protection jusqu'à un âge relativement élevé.

Cette protection très efficace avait cependant un double défaut : d'une part, elle rendait incertain le sort des actes passés par le mineur, assisté ou non, et cela était une gêne évidente pour le commerce juridique; d'autre part, elle heurtait les traditions coutumières et était, pour ce motif encore, assez mal supportée.

Ainsi s'explique une réaction (1) dont nous avons déjà rencontré une manifestation dans l'œuvre de Beaumanoir, et qui tendait à garantir les tiers traitant avec le mineur contre le péril que leur faisait courir le bénéfice de minorité. D'après Beaumanoir (2), le mineur employait dans ce but deux procédés différents : ou bien il faisait serment de garantir l'opération; ou bien il « baillait plèges du marcié tenir », il donnait caution. Le second procédé ne faisait pas obstacle au « restablissement » du sous-âgé; le premier, au contraire, était efficace et obligatoire pour le mineur lorsqu'il émanait d'un sous-âgé de plus

(1) V. Meynial, N. R. H. 1901, pp. 241 et suiv. *Des Renonciations au Moyen-Age et dans notre ancien droit. — De la renonciation au bénéfice de minorité.*

(2) Beaumanoir, chap. XVI, n° 563.

de 12 ans. Là où une renonciation pure et simple eût été sans effet, l'intervention d'un acte de caractère religieux, obligatoire en conscience pour ceux qui l'avaient accompli avec le discernement nécessaire, la fortifiait et la rendait opposable au mineur.

L'argument tiré des idées religieuses était spécieux. Il aurait eu certainement moins de force et moins de crédit s'il n'avait correspondu aux tendances coutumières et s'il n'avait trouvé, au moins en apparence, un appui dans un texte du Droit.

C'est une constitution d'Alexandre Sévère* (1) par laquelle l'empereur refusait de venir au secours d'un mineur qui attaquerait une vente consentie par lui en minorité, après avoir juré, au moment du contrat, de ne la point discuter : « C'est là une déloyauté et un parjure, dit l'empereur, dont il ne faut point espérer que je me rendrais complice ». Décision d'espèce, comme on le voit, prononcée dans le cas particulier de la vente où le mineur était déjà très efficacement protégé par l'intervention du magistrat et où la demande en restitution, ainsi intentée malgré une renonciation fortifiée par serment, se présentait vraiment dans des conditions particulièrement suspectes. Décision d'espèce que contredit la règle générale (2) d'après laquelle un acte nul ne peut être validé par serment, mais à laquelle paraissait donner plus de

(1) C. 2, 28, *Si adversus venditionem*, I.

(2) C. 1, 14, *De legibus et constitutionibus*, 1.5

force une Constitution de Frédéric Barberousse, insérée au Code Justinien à la suite de la Constitution d'Alexandre et qui s'imposa dès lors, malgré son caractère de réaction coutumière, aux romanistes eux-mêmes, en vertu du crédit sans limite qu'ils accordaient à la Raison écrite. L'Authentique faisait de la décision d'Alexandre Sévère une règle de principe et validait d'une façon générale les renonciations sous serment faites par les mineurs au bénéfice de minorité. Elle fondait une interprétation extensive de la Constitution d'Alexandre, et cette interprétation pouvait aboutir en pratique à supprimer l'incapacité du mineur, en lui permettant de renoncer d'avance à tout recours — pour vice de forme comme pour lésion — qui lui appartenait de droit contre les actes passés par lui. Tel fut précisément le résultat de l'Authentique dans les pays allemands où nous serons amenés à reconnaître aujourd'hui encore les effets de son influence.

En France, il en alla différemment. L'Authentique fut très vivement combattue. Un de nos vieux auteurs dit d'elle : « Sententia... quae multos misit ad inferos et multa patrimonia inique exinanivit atque destruxit » (1). L'expression peut paraître singulière, l'idée est profondément juste : il est bien certain que l'Authentique permettait de véritables spoliations et

(1) Cinus, cité par M. Meynial, *loc. cit.*, p. 253, note 2.

qu'elle était pour le mineur une occasion de ruine. Il faudrait, en effet, supposer aux mineurs de ce temps une sagesse bien étrangère à ceux d'aujourd'hui pour prétendre qu'ils auraient hésité à renoncer à la protection de la loi après en avoir enfreint les dispositions.

Ainsi critiqué parce que éminemment dangereuse pour les mineurs, la renonciation ne tarda pas à recevoir une interprétation plus stricte : on la restreignit au cas de la vente, seul visé dans la constitution d'Alexandre Sévère ; on ne lui donna d'effet que contre l'*in integrum restitutio*, non contre le moyen de nullité fondé sur l'absence de la *decreti interpositio*. On interdit aux impubères et aux pubères en curatelle — c'est-à-dire aux mineurs dont l'incapacité est la plus patente et dont la vie juridique doit se manifester régulièrement par l'intermédiaire d'un représentant légal — la faculté de valider par serment même une vente régulièrement faite. On exigea enfin que le mineur renonçant ait toujours été exactement averti de l'existence et de l'étendue du privilège auquel il renonçait : on exigea qu'il ait été *certioratus*. On finit même, lorsque la renonciation avait eu lieu, par demander au roi dispense d'observer le serment comme on lui demandait déjà dispense d'observer le contrat. Et c'était là, d'ailleurs, un procédé indispensable en réalité pour éviter que la renonciation à l'*in integrum restitutio* ne devînt de style

dans les ventes d'immeubles où la volonté de l'acheteur fait d'habitude la loi du contrat (1).

Au xvi^e siècle, les principes romains triomphaient ainsi des résistances coutumières — même dans les ventes d'immeubles, la restitution restait admise, — et c'est rendre de l'évolution que nous venons de retracer un compte très exact que de dire avec M. Meynial : « ... Tout ce travail doctrinal ou pratique consiste à ébranler, à dégrader, et enfin à annuler la Constitution de Frédéric, à ramener chez nous le régime de la capacité des mineurs à un état très voisin de celui où il était à Rome » (2).

Il peut sembler cependant, au langage qu'emploient nos très anciens coutumiers, que la distinction, si réelle qu'elle puisse être, entre la voie de nullité et la voie de « restablissement », ne les ait pas frappés. Beaumanoir, dans les textes que nous avons cités, considère le restablissement comme un droit, non

(1) Nous sommes loin de penser d'ailleurs que la victoire de la renonciation ainsi ramenée à un étroit domaine, eût été un mal; car il est évident que la pratique s'accommode malaisément de cette double protection du mineur dans les ventes et que la *decreti interpositio* était bien suffisante à assurer une sage protection des intérêts du mineur.

(2) Meynial, *loc. cit.*, p. 259, — Signalons que certains Parlements conservèrent la pratique de la renonciation dans une certaine mesure : « Suivant l'usage du Parlement de Grenoble, dit Berthon de Fromenthal, p. 502, le serment fait par le mineur qu'il ne reviendra pas contre la vente, couvre le défaut d'autorité du juge; mais, ajoute-t-il, cette décision conforme à l'authentique... n'est pas suivie chez nous. » B. de Fromenthal était procureur du Roi au Présidial du Puy, c'est-à-dire dans le ressort de Paris.

comme une faveur particulière accordée au mineur. Il emploie indifféremment des expressions qui correspondent à un rétablissement et des expressions qui correspondent à une déclaration de nullité : il dit que le sous-âgé « fera le marcié nul » ou que « on doit rapeler cex qui sont fet en lor damace » (1). Le Livre de Justice et de Plet emploie un langage où la confusion est aussi certaine : « Ce que l'on fera à celui qui est non aagé sera nul... an cel choses, ils sont retabli... » (2). La similitude des résultats pratiques semble avoir masqué la différence théorique des institutions.

Il restait cependant que le rétablissement impliquait de la part du mineur la preuve, non seulement de sa minorité, mais d'une « décevance ou tans qu'il fu sous aage », d'« un damace », d'une lésion, en d'autres termes. Et c'est là, entre la voie de rescision et la voie de nullité, une différence évidemment sensible.

Cette différence même ne paraît pas avoir été toujours nettement aperçue et admise par nos anciens auteurs. La confusion de leur langage en est un premier indice. Il en est d'autres et de plus concluants.

C'est ainsi que Boutillier se pose la question de savoir si un pupille pourrait se faire restituer contre un marché « où il y eut preu (profit) ou gaignage apparent pour lui, » et le fait seul qu'une question

(1) Beaumanoir, chap. XVI, 8; XVI, 11.

(2) Cité par M. Meynial, *loc. cit.*, p. 245, note

semblable se soit posée pour lui indique comment se sont confondues dans la pensée de nos anciens auteurs l'action en nullité et l'action en restitution. Il résout la question par la négative : la volonté du pupille ne doit pas être suivie contre son propre profit. Mais aussitôt il ajoute que « si le pupille n'a ne perte ne gagne » et qu'il demande la « restitution », elle devra lui être accordée (1). La différence entre l'action en nullité et l'action en restitution devient bien difficile à saisir : le mineur n'a plus à prouver un préjudice ; il suffit que n'apparaisse pas à l'encontre de sa demande en restitution la preuve d'un profit certain.

Et si, vers la fin de notre ancien droit, la doctrine des auteurs paraît bien fixée, il est certain, par contre, que la jurisprudence continue les anciennes hésitations. Deux raisons contribuent à les expliquer. D'une part, la distinction romaine des pupilles et des mineurs pubères, est à peu près complètement effacée dans notre ancien droit où la curatelle est considérée comme la continuation au-delà de l'ancienne majorité coutumière de la tutelle des pupilles. C'est dans ses grandes lignes le système de protection des mineurs pubères qui a été admis par nos Parlements, et ce système, nous l'avons vu, accordait le rôle principal à la restitution. Mais le système admis

(1) Boutillier, *Somme rurale*, p. 92; *Du preu des pupilles à restitution*.

à Rome pour les pupilles qui ne pouvaient accomplir seuls que les actes d'enrichissement et dont les autres actes étaient nuls, n'étaient pas oublié et ne laissait pas d'exercer sur la jurisprudence une influence perturbatrice d'autant plus sensible que l'on admettait — sur la foi de la Constitution de Dioclétien (1) — que les Romains avaient étendu aux mineurs en curatelle l'incapacité des impubères. C'est là une doctrine qui n'a jamais inspiré la jurisprudence de nos anciens Parlements — et cela est hors de toute discussion — mais dont il est très facile de trouver dans quelques décisions isolées la trace fort nette (2).

D'autre part, la prudence des praticiens a donné au vieil adage « voies de nullité n'ont point de lieu en France » une extension inattendue et a introduit l'usage de prendre des lettres de rescision même contre les actes nuls de droit. (3) L'inutilité de ces lettres

(1) C. II, 22, *De in int. restit.*, 3.

(2) V. *infra*, p. 31.

(3) «...Le commun des praticiens ne distinguant pas... a introduit l'usage des lettres de rescision contre les actes nuls comme contre les actes valables de droit, mais seulement sujets à restitution ou rescision » Meslé, *loc. cit.*, chap. XVI, p. 503. — « En rigueur, les lettres de rescision ne sont pas nécessaires pour anéantir les actes nuls de nullité absolue... néanmoins à cause de la maxime familière au barreau que les voies de nullité n'ont pas de lieu en France, on est dans l'usage d'obtenir des lettres de rescision, même contre les actes dont la nullité est prouvée par les coutumes et par les ordonnances, afin de faire cesser les incidents que la maxime dont je viens de parler a quelquefois fait naître. » Denisart, *loc. cit.*, v^o *Lettres de rescision*, n^o3. Voici comment s'exprime dans un procès (arrêt de Grand'Chambre du 6 février 1691, *J. Aud.* t. IV, p. 314), Lamoignon lui-même dont l'opinion est celle du « commun des praticiens » : « la sentence dont est appel avait un défaut considérable en ce qu'elle prononçait le

n'est pas douteuse dans ce cas et un vieil auteur dit fort justement que l'usage d'en prendre « est fausse et servile crainte des praticiens » : il n'en est pas moins vrai que cette habitude facilitait une confusion (1) dont les preuves abondent dans la jurisprudence entre la nullité et la restitution.

C'est ainsi que certaines décisions de justice admettent encore au xvii^e siècle la nullité des actes accomplis par le mineur et n'exigent point dans ce cas qu'il produise des lettres de rescision et qu'il fasse preuve d'une lésion. Brodeau sur Louet (2) cite dans ce sens une décision du Châtelet de Paris et l'arrêt du Parlement du 6 février 1691 qui juge en sens contraire « qu'un contrat passé par un mineur n'est point nul de plein droit et qu'il lui faut des lettres ». Bourjon (3) cite de son côté un arrêt du dernier janvier 1648 par lequel il a été jugé qu'un mineur n'est pas restituable contre une obligation qui a tourné à son profit; « ce qui établit, comme il le remarque fort justement, que le mineur n'est pas restituable simplement comme mineur ». Henrys (4) atteste aussi la survivance dans

contrat de vente nul, sans qu'il fut besoin de lettres de rescision : qu'il est constant qu'en France les nullités de droit n'ont point de lieu; qu'il faut des Lettres du Prince qui, par son autorité, les fait recevoir... ».

(1) Cf. Parlement de Paris, 16 mai 1766 (Denisart, v^o *Aliénation* n^o 11); 11 juin 1720 (*Journal des Audiences*, t. VII, p. 396); , 28 février 1722, (*ibid.* p. 652); 9 avril 1630 (*ibid.*, t. I, p. 110).

(2) Louet, lett. M. 7.

(3) Bourjon, L. VI, t. VII, chap. V, sect. III, n^o 1.

(4) Henrys, t. II, L. IV, chap. I, quest. I.

la jurisprudence de cette tendance critiquable : « Lorsque les mineurs réclament contre quelque acte fait par eux ou par leur tuteur, dit-il, les juges le plus souvent s'arrêtent trop légèrement à la simple minorité, et sous le prétexte d'icelle, remettent les parties au premier état, sans entrer dans l'examen de ce qui a été fait, et, sans connaître quel préjudice peut avoir subi... »

Mais même une fois admis le principe que le mineur n'est pas restitué comme mineur, et qu'il faut de plus qu'il ait subi une lésion, la jurisprudence paraît bien s'être montrée fort peu difficile sur la preuve du préjudice éprouvé et sur sa nature. Argou (1) nous en donne un témoignage très net lorsqu'il écrit : « Quoique cette jurisprudence (celle qui, prenant le mot « lésion » dans son sens juridique, écarte l'emploi de la rescision dans le cas où le préjudice n'est pas une suite du contrat, mais celle d'un cas fortuit) paraisse très juste, néanmoins *on la suit rarement en France*; il suffit qu'un mineur ait été lésé (disons : ait subi un dommage) pour se faire restituer. » Ou encore : « On n'examine presque jamais la cause de la lésion, ce qui met les mineurs dans une espèce d'interdiction ». Et il ajoute, marquant ainsi d'une façon fort juste le danger d'une telle jurisprudence : « Et (cela) leur fait souvent perdre l'occasion de faire de bonnes affaires, car personne ne veut contracter avec eux, parce qu'il n'y a point de sûreté. »

(1) Argou, *Institution au droit français*, t I, ch. VIII.

Il est bien certain cependant que, dès le ^{xvii}^e siècle, malgré les flottements que nous venons de signaler dans la jurisprudence, la théorie de la protection du mineur est faite et que, dans cette théorie, la place de la règle « *minor restituitur non tamquam minor sed tamquam laesus* » est nettement déterminée.

Domat et Bourjon notamment on ont fait au ^{xvii}^e et au ^{xviii}^e siècles, un exposé d'une lucidité parfaite.

Des traditions romaines, une partie a définitivement disparu. Parmi les actes qui sont faits sur le patrimoine des mineurs, lato sensu, on cesse de traiter avec une spéciale rigueur ceux qui sont le fait des pupilles. A Rome, c'était en quelque sorte par tolérance, par exception à la règle, que l'on reconnaissait la validité des actes par lesquels ils rendaient leur situation meilleure. Dans notre ancien droit, ils ne sont plus vraiment des incapables comme les autres : sortis de l'enfance, les mineurs sont capables de consentir, donc capables de contracter, et, comme remarque Pothier (1), « ce n'est que le droit civil qui infirme les obligations que des mineurs, sous puissance de tuteur, contractent sans l'autorité de leur tuteur, lorsqu'au temps du contrat ils sont dans un âge assez avancé et ont un usage suffisant de leur raison pour comprendre toute l'étendue de l'engagement qu'ils contractent. » Dès lors, la violation par

(1) Bugnet, t. 2, n° 52.

le mineur de la règle de son incapacité ne requiert plus *de plano* aucune sanction : peu importe qu'il ait enfreint cette règle — qui n'est qu'une formule de protection pour lui — si cette infraction ne lui a causé aucun préjudice et s'il s'est révélé du même coup parfaitement capable de se passer de protection. Il suffira, pour que la loi remplisse sa mission à son égard, qu'elle intervienne lorsqu'il aura montré en fait son inhabileté à gérer ses affaires, — son inexpérience ou sa légèreté — et qu'alors elle annule, à raison du préjudice subi par lui, l'acte juridique que le mineur a accompli au mépris de son incapacité. C'est ce qu'admet l'ancien droit : « Le mineur n'est pas restitué comme mineur — une telle restitution serait contraire à ses intérêts; — il est seulement restitué comme lésé : où la lésion cesse, la restitution n'a pas lieu », écrit Bourjon (1).

Notre ancien droit n'admet à cette règle qu'une exception, mais qui est importante : le mineur est présumé lésé par « tous actes portant emprunt de deniers, à moins que le créancier ne justifie que les deniers ont tourné au profit du mineur » (2). Sans

(1) Nous pourrions multiplier les citations. C'est ainsi que Guy Pape écrit : « ...La minorité est une exception de Droit qui attaque l'acte et qui l'anéantit, quand le mineur y souffre quelque préjudice. C'est la jurisprudence du Parlement de ne le relever pas comme mineur, mais seulement comme lésé; c'est le mot des praticiens ». *Loc. cit.*, p. 318.

(2) Bourjon, *loc. cit.*, t. II, p. 590; Henrys, t. II, L. IV, p. 68.

doute aucune règle ne vient dans cette hypothèse rendre plus rigoureuse l'incapacité ordinaire du mineur : cette incapacité est la même en ce qui concerne les emprunts et en ce qui concerne les autres contrats. Mais ici le danger couru par le mineur est plus grand ; il est raisonnable de prévoir qu'il dissipera l'argent qui lui a été imprudemment confié et que, de ce fait, il empirera sa situation. En toute autre hypothèse, c'est au demandeur à prouver la lésion : le mineur n'est pas restitué comme mineur, il est restitué comme lésé.

Aussi rencontrons-nous de nombreuses décisions qui refusent au mineur la restitution qu'il demande, parce qu'il n'a subi aucun préjudice dans le contrat qu'il veut faire rescinder. C'est ainsi qu'un arrêt du Parlement de Paris du 31 janvier 1648 (1) refuse d'entériner « les lettres de rescision obtenues par un mineur qui avait acheté pour 500 livres de linge à son usage... et en avait passé obligation. » L'arrêtiste donne le motif : il s'agit d'une « obligation par lui passée pour choses qui ont tourné à son profit et utilité. »

D'autres arrêts refusent également de restituer le mineur contre ses engagements lorsqu'il n'a fait que s'obliger à exécuter une obligation morale. L'hypothèse est proche de la première : le mineur ne fait que ratifier une obligation qui s'impose à lui et dont l'exécution ne lui est pas plus préjudiciable qu'elle

(1) *Journal des Audiences*, Suppl. p. 114.

ne le serait à un majeur; il ne subit aucune lésion imputable à son jeune âge.

Nous allons emprunter quelques exemples à cette jurisprudence. C'est un père mineur qui accepte la garde de ses enfants et que le Parlement (1) de Paris refuse de restituer contre cette acceptation, malgré les charges très lourdes (2) qui en sont la conséquence : « En acceptant la garde, (le père) se charge d'une dette dont il est naturellement tenu, étant par le devoir de la nature obligé d'entretenir ses enfants et de procurer leur bien. » — C'est un fils mineur qui se rend gardien volontaire des meubles saisis sur son père, ne les représente pas lorsqu'il en est requis, est condamné à l'emprisonnement, et prend des lettres pour être relevé de « l'acceptation de la garde et dépôt desdits meubles. » Le Parlement (3) ne les entérine pas : « L'acceptation du dépôt et garde des meubles pour en empêcher le déplacement » avait pour but « d'éviter la confusion au père ». — C'est une mineure à qui est refusée la restitution contre la

(1) 19 avril 1622, cité par Meslé, chap. XV, p. 563. Il cite dans le même sens deux autres arrêts du 5 août 1627 et du 3 mai 1633.

(2) Notamment l'éducation et l'entretien de l'enfant, l'entretien de ses biens, l'acquit des charges annuelles et des arrérages des rentes qui grèvent ses immeubles, le paiement des dettes mobilières. — Consulter sur ce point Ferrière, *Nouveau Commentaire de la Coutume de Paris*, Paris 1778, t. II, sur l'art. 267 de la N. C. pp. 66 et suiv.

(3) 12 décembre 1625, *Journal des Audiences*, suppl. p. 14. — Brodeau sur Louet I, A.; somm. 9. Remarquons, pour éviter toute confusion, qu'il ne s'agissait pas pour le mineur de se faire restituer contre son délit, mais contre son contrat.

donation faite par elle « en faveur de mariage à une demoiselle qu'elle avait eue longtemps à son service » (1).

Enfin une dernière série d'arrêts admet à la restitution une limite fort judicieuse. La rescision a pour but de protéger le mineur contre un préjudice né du contrat, contre une lésion : elle doit lui éviter, par exemple, de payer un prix trop élevé une acquisition qu'il a pu faire, de répondre par une contre-prestation excessive à la prestation qui lui est faite à lui-même. Nos anciens Parlements restent fidèles à cette idée en refusant dans certaines hypothèses de restituer le mineur contre le contrat passé par lui, et en se contentant de ramener à la juste mesure les obligations qu'il a consenties. Nous avons cité déjà dans ce sens un arrêt du Parlement de Provence du 8 février 1639. La même jurisprudence était suivie par le Parlement de Paris : c'est ainsi que sur la demande des héritiers d'un mineur, le Parlement a réduit « à la juste valeur et estimation » le prix dû pour l'achat qu'il avait fait d'un cheval (2).

De ces arrêts, il faut rapprocher la jurisprudence sur

(1) 27 février 1626, *J. Aud. Suppl.* p. 15.

(2) Arrêt du 9 avril 1830, *J. Aud.*, t. I, p. 3, sous lequel est cité dans le même sens un arrêt de 1606. Dans les deux espèces, il s'agissait de « mineurs qui sont au service du Roi ». Or les mineurs au service du Roi sont réputés majeurs pour les faits de leur charge et pour les actes accomplis pour le service. V. Denisart, v^o *Mineur*, n^o 31; Bourjon, *loc. cit.*, t. II, p. 596. Dans tout autre cas, ils sont restituables comme mineurs. « Il faut pour cela (pour qu'il soit réputé majeur) que l'engagement contracté par le mineur militaire ait été réellement pour le

le contrat de mariage du mineur. En principe, il faut considérer comme la règle incontestablement admise par nos anciens Parlements et nos anciens auteurs(1), que le mineur habile à contracter mariage est capable de consentir les clauses de son contrat de mariage. Encore faut-il que cette règle soit bien comprise. Le mineur n'est pas traité comme un majeur; il ne peut inscrire dans son contrat de mariage telle clause qu'il lui plaira : il ne peut consentir qu'aux seules clauses conformes à l'usage, il peut *se soumettre au droit commun*. Mais « s'il se trouvait lésé par des clauses exorbitantes du droit commun et de l'usage, il serait restituable contre ces sortes de clauses, quoique contenues dans le contrat de son mariage » (2). Dans ces hypothèses, la jurisprudence se contentait (3) de réduire les obligations préjudiciables au mineur. Le plus souvent, en effet, la lésion consistait dans l'ameublement d'une fraction des immeubles de l'un des con-

service du Roi, sans quoi il serait restituable; et il ne suffit pas que le billet ait été fait à l'armée; en effet, en ce cas, lorsqu'on y aperçoit de la dissipation, et non la nécessité du service du Roi, il est restituable. » Et encore : « Mais il faut pour cela (pour que l'on traite l'officier comme majeur) que cette cause soit bien prouvée... » Bourjon, *loc. cit.*, Il cite un autre arrêt du 29 juillet 1706.

(1) V. notamment Bourjon, t. II, p. 597, n° LXXI.

(2) Bourjon, p. 597, n° LXXII. Aux arrêts qu'il cite, Adde un arrêt du 17 avril 1617 (rapporté par Meslé, p. 274) qui juge que la constitution de dot faite avec la modération convenable en présence du curateur et des parents ne peut être révoquée sous prétexte du bas-âge. Un élément manquait pour qu'il y eût lésion : l'arrêt dit « avec modération convenable. »

(3) V. cependant un arrêt du Parlement du 29 août 1630, *J. Aud.* t. I, p. 115.

jointes disproportionnée à l'apport en communauté de l'autre conjoint. Les arrêts réduisaient ad legitimum modum (1) (habituellement au tiers des immeubles appartenant au mineur) l'ameublement consenti dans son contrat de mariage (2).

A l'admissibilité de la rescision contre les obligations des mineurs lésionnaires pour eux, il faut signaler cependant une exception : le mineur n'était pas restitué contre les obligations nées de son délit. Telle était déjà la règle romaine (3). La raison en est toute simple : ce n'est plus l'inexpérience du mineur, sa légèreté, sa crédulité ou sa confiance naïve qui a été la source du préjudice : c'est sa mauvaise foi, sa déloyauté, sa faute. Si son âge ne lui donne pas assez de sagesse pour gérer prudemment son patrimoine, il lui donne assez de lumière pour distinguer les actes permis des actes défendus.

Encore faut-il apporter à l'exception que nous venons d'énoncer deux correctifs importants. Tout

(1) Louet, lett. M. 9 cite des arrêts du Parlement de Paris de 1568, 1872 et 1585 (également cités par Meslé, p. 274), celui de 1572 de règlement. Il cite dans le même sens un arrêt du 16 mars 1628.

(2) Lorsque la lésion provenait de l'omission d'une stipulation de propres, les arrêts restituaient le mineur contre cette omission. V. Bourjon, p. 597.

(3) Savigny, *loc. cit.*, t. VII, p. 144. — Observons que l'infans et l'infantiae proximus ne pouvaient, en droit classique, s'obliger par leurs délits. La règle était la même dans notre ancien droit. V. un arrêt du Parlement du 9 juin 1625 (*J. And. Suppl.* p. 11) qui décide qu'un enfant de 7 à 8 ans ne peut être poursuivi criminellement pour avoir crevé l'œil à un autre enfant, ni le père civilement. Dans le même sens, arrêt du 19 mars 1625 cité, *ibid.* X

d'abord, l'exception doit être très rigoureusement limitée à ce qui est la conséquence directe du délit : le mineur ne peut se faire restituer contre la réparation civile qui lui est imposée. Il peut, par contre, être restitué contre les actes par lesquels, son crime une fois commis, il a empiré sa situation, par exemple, contre l'aveu qu'il a fait de son crime; contre le compromis, passé avec la victime, pour s'en remettre à un arbitre de la fixation de la réparation civile; contre l'acquiescement à la sentence arbitrale. Dans tous ces cas, la voie de la rescision lui est ouverte (1).

Ensuite, il faut signaler — et c'est le second correctif que nous avons annoncé — que, dans une hypothèse spéciale particulièrement importante, la règle a été progressivement mise en échec par la jurisprudence : il s'agit du cas où le mineur a contracté en se faisant faussement passer pour majeur.

Du XIII^e siècle à la fin de notre ancien droit, la règle formulée par Beaumanoir, et qui voulait — conformément aux précédents romains — que fussent traités comme majeurs les mineurs qui juraient leur âge ou le prouvaient par témoins, a subi une transformation complète. Dès le XVI^e siècle, le serment du mineur ne garantit plus le créancier du mineur contre l'action en restitution : il faut quelque chose de plus, il faut que le créancier ait été trompé par « un dol appro-

(1) Arrêt de la Grand'Chambre du 3 septembre 1706, *J. Aud.*, t. V, 1^{re} partie, p. 668.

chant du délit » pour que le mineur soit privé de son action. Et la raison de cette exigence est toute simple : si la déclaration du mineur, appuyée par le serment, était considérée comme suffisante, elle aurait « tourné » bien vite « en style de notaires ». Malgré cette restriction à la doctrine première, il subsistait de multiples moyens de priver le mineur de la protection de la loi ; et la jurisprudence, à la fin du xvi^e siècle, reste lamentablement insuffisante à le défendre contre la malhonnêteté de ses créanciers. La restitution lui est refusée en effet « s'il a pris des qualités fausses qui le rendaient ou le présumaient majeur » (1) ; si, par une sorte de mise en scène, il a affirmé sa majorité et l'a fait affirmer par un tiers (2) ; ou bien s'il a produit un extrait baptistaire aux termes duquel il serait majeur (3). Cette dernière fraude surtout était fréquente et offrait un sûr moyen de rendre illusoire les garanties que la loi offrait au mineur ; sous prétexte de réprimer la fraude dont le mineur s'était rendu coupable, on facilitait aux usuriers et aux gens suspects leur fructueux commerce. Il fallait que le créancier fût d'une mauvaise foi patente, qu'il fût « accoutumé à prêter aux mineurs et aux enfants de famille, et à tirer d'eux des extraits baptistaires

(1) Arrêt du 30 avril 1575, Louet, lett. M. n^o 7.

(2) Arrêt du 31 juillet 1598, pour une femme dont l'affirmation de majorité était corroborée par son mari, *ibid.*

(3) Arrêt du 20 mars 1599, *ibid.* Brodeau sur Louet cite encore dans le même sens deux arrêts du 12 février 1613 et du 22 mai 1618,

supposés » (1) ou bien qu'il ne pût « tomber dans la pensée ni dans le sens commun que (le mineur) se soit déclaré majeur malicieusement » (2) pour que le Parlement accordât aux mineurs le bénéfice de la restitution.

Une telle jurisprudence ouvrait les voies aux pires abus; et, pour les réprimer, la Cour rendit au début du xvii^e siècle un arrêt de Règlement (3) par lequel « défenses furent faites aux notaires de plus insérer dans les contrats et obligations conçues pour prêt les déclarations de majorité, et extraits, sous peine de nullité. » La jurisprudence (4) alla plus loin en ce qui concerne les prêts faits à des mineurs : elle érigea en délit le fait de prêter de l'argent à des mineurs, « encore qu'ils se disent majeurs... et qu'ils mettent l'extrait de leur baptistaire entre les mains de ceux qui leur prêtent. » Enfin, à l'encontre des anciens arrêts qui forçaient le mineur à prouver la mauvaise foi de son cocontractant, elle présumait que celui qui

(1) Arrêt du 4 juillet 1619, Brodeau sur Louet, *loc. cit.*

(2) Arrêt du 4 février 1610, *ibid.* « donné en faveur d'un mineur qui s'était dit majeur et s'était obligé pour son père qui seul avait profité de la somme empruntée. »

(3) L'arrêt est du 6 mars 1620 : L'expérience a fait reconnaître, dit sur l'arrêt Brodeau (*loc. cit.*) que la malice des hommes croissant, les déclarations de majorité et la représentation de faux extraits baptistaires insérés et transcrits dans les contrats et obligations étaient les pièges ordinaires dont on se servait... pour surprendre et tromper la jeunesse et couvrir les usures, et que cela était tourné en style de notaires. »

(4) Arrêt des Chambres assemblées, 26 mars 1624.

a traité avec le mineur n'ignorait pas sa qualité et son âge.

Sans renoncer à la distinction classique entre les mineurs «*decepti*» et les «*decipientes*», elle transformait la situation du mineur et rendait très difficile — par ce déplacement du fardeau de la preuve — qu'il fût lésé grâce à une déclaration de majorité qui lui aurait été extorquée. Nous ne faisons pas de doute que la jurisprudence du Parlement de Paris (1) poussa même plus loin cette évolution, et que, plus tard, elle refusa de considérer le mineur comme valablement obligé alors même que par le témoignage et par une véritable mise en scène, il avait trompé son cocontractant : c'était à celui-ci de se renseigner.

Nous avons indiqué à la règle de l'admissibilité de la rescision contre les actes du mineur une première exception : le mineur peut valablement s'obliger par son délit. Nous avons signalé les correctifs de cette règle et précisé le processus par lequel la jurisprudence de notre ancien droit en a exclu l'application dans une hypothèse pratique très importante : celle de la fausse déclaration de majorité.

Il nous reste, pour ne pas être trop incomplet — étant bien entendu que nous n'avons pas à étudier ici la situation du mineur commerçant, du bénéficiaire,

(1) Arrêt du Parlement, 26 avril 1629, *J. Aud.* t. I, p. 96. — Arrêt de la Grand'Chambre, 29 août 1630, *ibid.*, p. 115. et surtout 6 février 1691, *ibid.*, t. IV, p. 314. Pour la jurisprudence postérieure, Denisart *v^o Mineur*, n^o 13 et 14.

du possesseur d'office réputé majeur dans la mesure où l'exige leur activité professionnelle —, à signaler qu'une seconde exception a été parfois admise à la règle générale, dans le cas où un mineur a tiré, accepté ou endossé une lettre de change.

Un arrêt du Parlement de Paris du 30 août 1702 (1) a jugé que dans cette hypothèse, le mineur n'était pas restituable, et l'on peut trouver, jusqu'à la fin du XVIII^e siècle, des décisions des « justices subalternes » rendues dans le même sens (2). Ici encore, comme dans le cas de fausse déclaration de majorité, nous nous trouvons en face d'un procédé employé par les usuriers pour rendre valable l'obligation souscrite par le mineur. Aussi ne faut-il pas s'étonner si dans son ensemble, la jurisprudence a refusé de se rallier à la doctrine adoptée par l'arrêt de 1702. Déjà en rapportant cette décision, l'arrêtiste note que « ce sont les circonstances qui décident ces sortes de contestations, y ayant des arrêts qui ont entériné des Lettres de rescision en pareil cas, quand le mineur n'était pas de profession à être dans le commerce, et qu'il paraissait que les Lettres de change étaient une fraude pratiquée pour faire pratiquer des engagements au mineur ». Le procédé technique de la jurisprudence, pour éviter ces abus, est ici encore celui

(1) *J. Aud.*, t. IV, 2^e partie, p. 305.

(2) V. notamment Denisart, v^o *Mineur*, n^o 66, une sentence de la Conservation de Lyon, du 13 décembre 1758.

que nous avons déjà signalé : il consiste, au lieu d'admettre contre le mineur signataire de la lettre de change la présomption qu'il exerce le commerce, à obliger son cocontractant à en rapporter la preuve. Un arrêt du Parlement de Paris du 11 octobre 1768, nous permet de saisir le procédé sur le vif. Un mineur opposait au porteur de la lettre de change le fait qu'il avait accepté la lettre en temps de minorité et qu'il n'en avait point reçu la valeur : en d'autres termes, il opposait la lésion. Le porteur prétendait que le mineur était marchand, que cela résultait des extraits de très nombreuses « recommandations de sa personne (1) où il était qualifié de négociant », que cela résultait enfin de la qualité d'écuyer d'une académie d'équitation, qualité prise par le mineur et qui prouvait qu'il achetait et revendait des chevaux. Le mineur n'offrait point la preuve du contraire : il se contentait d'affirmer qu'il n'était pas négociant et « défiait (son adversaire) de prouver qu'il eût jamais acheté des chevaux pour les revendre au public ». Le Parlement enthérina ses Lettres de rescision (2). La jurisprudence est fixée. A la fin du XVIII^e siècle, la question n'est même plus discutée.

(1) Il s'agissait d'un débiteur détenu pour dettes et que des créanciers successifs avaient « recommandé » Cf. aujourd'hui loi du 22 juillet 1867 sur la contrainte par corps, art. 3.

(2) L'arrêt est rapporté par Denisart, v^o *Mineur*, n^o 66. Sur l'ensemble de la question, v. Denisart, v^o *Mineur*, n^{os} 65 et suiv. ; v^o *Lettres de change*, n^{os} 45 et 46.

Notons — et la remarque est essentielle — que la rescision dont nous avons déterminé la sphère d'application en ce qui concerne les actes du mineur atteint indistinctement les actes passés par le mineur seul et les actes passés par le mineur assisté de son tuteur ou de son curateur. C'est une observation qu'il importe de faire à cause de la confusion qu'apporte dans notre matière l'opinion — inexacte, nous avons essayé de le prouver — que l'on se fait généralement de la protection des mineurs en curatelle dans le droit romain : ceux qui admettent la nullité des actes du mineur en curatelle ont, en effet, une tendance — bien explicable, puisque les institutions de protection du mineur ont été empruntées par notre ancien droit au droit romain — à rechercher dans l'ancienne jurisprudence une continuation de la doctrine romaine et à considérer comme nuls les actes du mineur agissant seul, comme rescindables les actes du mineur assisté. Une telle recherche est vaine : nos anciens arrêts ne font pas cette distinction. En possession d'un moyen admirablement souple de protection du mineur, ils n'ont pas construit un système rigide et abstrait qui, emprisonnant le mineur dans une théorique incapacité, l'aurait empêché, en l'absence de son tuteur, de prendre part à la vie économique et de procéder aux actes qu'exigent les besoins de chaque jour. La rescision protégeait le mineur dans l'une et l'autre hypothèse (1).

(1) Pour les actes du mineur agissant seul, citons entre autres :

La restitution n'est pas cependant l'unique moyen de protection que l'ancien droit ait accordé au mineur, et, dans quelques hypothèses spécialement graves pour lui, ses actes ne sont pas simplement rescindables, mais sont nuls de nullité absolue. La distinction entre les deux séries d'hypothèses peut être précisée d'un mot : elle repose sur la distinction entre les actes d'administration et les actes d'aliénation. Notre ancien droit traite les seconds avec plus de rigueur que les premiers : il reprend sur ce point la tradition romaine.

En vertu des Constitutions impériales, les actes d'aliénation d'immeubles restent rigoureusement interdits au mineur. Ils ne lui sont pas seulement interdits en vertu de cette incapacité dont nous avons vu le caractère particulier : « *Quand il ne se trouverait pas de lésion pour le prix dans la vente du fonds d'un mineur, écrit Domat (1), il serait relevé par la seule raison de r'avoir des biens qu'il lui est plus utile de conserver que d'en avoir le prix* ». On reconnaît la

9 avril 1630, 29 août 1630, 31 janvier 1648, 3 septembre 1706, 2 octobre 1768, etc. — Il ne faut donc pas se laisser tromper par certaines formules de nos anciens auteurs qui parlent du mineur comme d'un incapable. Lorsque, par exemple, nous lisons dans Denisart que « les mineurs ne peuvent contracter aucun engagement, » nous devons corriger cet énoncé défectueux de la situation du mineur en remarquant qu'après avoir posé cette règle théorique, le même auteur indique pour sanction la restitution et non la nullité. V. Denisart, *vo Mineur*, nos 2 et 7.

(1) Lois civiles, l. IV, tit. 6, sect. II, *De la restitution des mineurs*, no 33.

raison déjà invoquée en droit romain : les biens-fonds offrent au mineur des garanties de sécurité et de stabilité que les biens meubles ne lui assurent pas dans une égale mesure. Et cette raison devait paraître plus décisive que jamais dans un régime social et dans une organisation politique où la terre jouait — c'est une idée dont il est impossible d'exagérer l'importance — un rôle aussi prépondérant que dans l'ancienne France.

Le motif même de la prohibition explique qu'elle ne fut pas seulement limitée au mineur agissant seul et que l'intervention du tuteur ou du curateur — ou son action au lieu et place du mineur — n'ait pas suffi à valider une aliénation.

Il y avait cependant des cas où l'aliénation ne pouvait être évitée. D'une part, les créanciers pouvaient, en vertu d'un titre exécutoire, faire saisir et faire vendre le fonds du mineur ; mais c'est là une hypothèse où ne se pose ni une question de capacité ni une question de pouvoir, parce que ces saisies et aliénations ne viennent pas de la volonté du tuteur ou du curateur, mais de l'autorité du magistrat (1). D'autre part, la vente volontaire était exceptionnellement permise sous des conditions de fond et de forme rigoureusement déterminées.

(1) Meslé, chap. VIII, p. 190. Sous le régime de l'ordonnance de 1539 (art. 74), comme sous le régime du Code Civil (art. 2206) ; la discussion préalable du mobilier était nécessaire à peine de nullité.

Jusqu'à la fin de l'ancien droit, des auteurs enseignent que cette aliénation volontaire ne pouvait être admise que dans une hypothèse : il fallait que « la vente se fasse pour une cause nécessaire, comme pour payer des dettes pressantes, dont on ne puisse différer le paiement et qu'on ne puisse acquitter que par cette voie » (1). Telle était au ^{xvii}^e siècle, la jurisprudence du Parlement de Paris, et Henrys cite, dans ce sens, un arrêt du 29 juillet 1623 (2). Ce n'est qu'au ^{xviii}^e siècle que la conception s'élargit et que nous voyons admettre « l'avantage évident » du mineur comme un juste motif d'aliénation de ses biens. La règle romaine fléchissait : on cessait de considérer comme un avantage pour le mineur le fait de conserver un fonds de terre improductif ou d'un maigre revenu. Les conceptions changeaient, et il n'est pas certain que la jurisprudence aurait considéré encore comme faite « sans cause » une aliénation d'immeuble dont le tuteur disait pour la justifier que « l'intérêt des deniers qu'on en pourrait tirer serait bien plus avantageux (au mineur) que le revenu (du fonds) » (3). Bourjon (4) même ira plus loin, et il enseignera que ce n'est pas seulement une faculté pour le tuteur, que c'est un devoir de sa charge de vendre un bien infruc-

(1) Domat, *loc. cit.*, n^o 33 et 34.

(2) Henrys, *loc. cit.*, L. IV, p. 22.

(3) V. l'arrêt cité, de 1623.

(4) *Loc. cit.*, n^o 19.

tueux lorsqu'il a l'occasion de le faire. Mais sa doctrine restera discutée (1).

Admissible au fond, la vente n'était possible que sous des conditions de forme très rigides. Il fallait : 1^o l'avis des parents ; 2^o le décret du juge ; 3^o l'estimation préalable de l'immeuble par des experts ; 4^o les affiches et les publications. Alors seulement, le tuteur spécialement autorisé par les parents — nommé tuteur ad hoc, disent nos anciens auteurs — pouvait procéder à la vente.

S'il y procédait seul, sans avoir reçu mandat par une décision expresse des parents, la vente consentie par lui était sans valeur : elle était nulle par défaut de pouvoir (2) — le pouvoir du tuteur ne s'étendait qu'aux actes d'administration, — il y avait vente de la chose d'autrui, et, même après l'ordonnance de 1539, le mineur en pouvait faire prononcer la nullité pendant trente ans, sans avoir à prouver la lésion.

Si, au contraire, il y procédait avec le mineur, ou avec l'avis conforme des parents, ce n'était plus une question de pouvoir ou de capacité qui se posait. La nullité pouvait être encourue néanmoins, car l'omis-

(1) V. des décisions divergentes dans Denisart, v^o *Mineur*, n^o 41 et Ferrière, v^o *Aliénation d'un immeuble appartenant à un mineur*.

(2) V. dans ce sens Pothier, *Oblig.*, édit. Bugnet, t. II, n^o 76. Même idée dans Meslé, cité plus bas, et aussi : « Le tuteur qui vend sans cause vérifiée, est sans pouvoir pour vendre, comme serait un procureur qui vendrait sans pouvoir de vendre, l'acquéreur est sans titre et sans aucun acte de la volonté du mineur, qui puisse devenir valable par le temps. » *Loc. cit.*, p. 271.

sion de la moindre des formalités prescrites entraînait la nullité de la vente (1). Une différence cependant est à indiquer entre cette hypothèse et la précédente : c'est que, dans ce cas, la nullité ne peut être invoquée par le mineur que pendant dix ans. « L'article 134 de l'ordonnance de 1539, dit Meslé veut qu'après 35 ans accomplis, il n'y ait plus lieu à la rescision du contrat, soit pour nullité... Ce qui s'entend de vente ou hypothèque consentie par le mineur; car le tuteur seul, sans avis de parents et sans le mineur, demeure sans pouvoir, quant à ce qui est de vendre ou d'hypothéquer le bien du mineur » (2).

Si enfin, c'était le mineur lui-même qui procédait à la vente, sans être assisté de son tuteur, c'est-à-dire s'il se faisait passer pour majeur, et si, par conséquent, il procédait à une aliénation sans avoir recours aux formalités, la solution restait la même : l'acte passé dans ces conditions était nul. Mais c'est là une hypothèse assez peu pratique (3). Les acheteurs d'im-

(1) V. 9 avril 1630, *J. Aud.*, t. I, p. 110; 19 mars 1712; *J. Aud.*, t. VI, 1^{re} partie, p. 48; 28 février 1722; *J. Aud.* t. VII, p. 652; 17 mars 1746, publié par Meslé, p. 770. Adde un arrêt du 18 août 1588 (Louet, lett. A. 5) qui juge qu'un père ne peut pas ordonner par son testament que les biens de ses enfants mineurs seront aliénés sans observation des formalités légales. Cet arrêt va plus loin que les règles romaines. — Adde aussi un arrêt, Cass. civ. 22 frimaire an XII, S. chr., rendu sous le régime de la Coutume de Normandie qui décide que le juge ne peut se dispenser d'observer les formalités prescrites sous prétexte de la modicité des objets aliénés.

(2) Loc. cit. ch. X, p. 270.

(3) V. cependant, arrêt de la Grand'Chambre du 6 février 1691 (*J. Aud.* IV. 134).

meubles ont coutume de se renseigner sur l'âge et la capacité de leur vendeur. La vente d'immeubles n'est pas un acte aussi courant qu'un achat de denrées, et il est plus difficile de se faire passer pour majeur aux yeux d'un acquéreur d'immeubles que de tromper un commerçant dont la profession deviendrait impossible s'il devait vérifier l'âge de ses clients.

Observons que même intégralement remplies, les formalités prescrites ne suffisaient pas à garantir les acheteurs de biens de mineurs contre la possibilité d'une action en nullité. L'avis des parents ne les couvrirait pas, il ne prouvait pas d'une façon absolue la nécessité de vendre, et, en l'absence d'une discussion préalable des meubles, des mineurs furent admis à rentrer dans leurs biens régulièrement vendus (1). Un seul procédé pouvait assurer aux tiers la paisible possession de leurs acquisitions : c'était d'avoir recours à la vente sur saisie, au « décret forcé », après avoir discuté le mobilier ou après avoir fait juger que le refus par le tuteur de rendre compte du mobilier tiendrait lieu de discussion (2).

Mais une seconde question se pose. Supposons une vente régulièrement accomplie — soit par le mineur assisté, soit par le tuteur seul —; cette vente sera-

(1) Arrêt du 28 avril 1664, *J. Aud.*, t. II, p. 259.

(2) Dans ce cas, le mineur ne pouvait faire déclarer nulle la vente sur décret et il ne gardait de recours que contre son tuteur qui devait indemniser son pupille, si celui-ci prouvait qu'au temps de la vente, le tuteur avait suffisamment de mobilier pour payer le créancier. V. Denisart, *vº Mineurs*, n° 37.

t-elle aussi pleinement valable que si elle avait été accomplie par un majeur, ou sera-t-elle rescindable en cas de lésion?

Éliminons d'abord une première difficulté et posons en principe que la vente sur décret forcé n'est pas soumise à restitution. Et, en effet, les mineurs dans ce cas ne subissent aucun désavantage dû à leur minorité : ce n'est pas leur consentement mal éclairé qui fixe le prix ou l'accepte; ils ne peuvent se plaindre d'avoir subi une lésion du fait de leur propre inexpérience ou de l'insuffisante sollicitude de leur représentant légal (1).

Il en va différemment dans les ventes volontaires — que nous avons supposées faites régulièrement. Ici, la rescision pour lésion est toujours admise, et, en principe, elle est admise quelque faible que puisse être la lésion subie par le mineur. « ...Tout cela, écrit Henrys, en parlant des formalités nécessaires, n'empêche pas que le mineur n'en réclame, et qu'il ne puisse rentrer dans son héritage s'il se trouve tant soit peu lésé » (2). « Il est vrai, affirme Rous-

(1) Cependant de très nombreux arrêts admettent dans le cas de vente sur saisie d'un bien de mineur la rescision en cas de lésion d'outre-moitié. Louet, lett. D. 32, et Meslé, chap. XIV, p. 499, rapportent cette jurisprudence qui contredit la règle généralement admise dans l'ancien droit. (Cf, C. civil. art. 1684) que la lésion ne peut être invoquée contre une adjudication par décret. En tout cas, il ne s'agit pas ici de la règle « minor restituitur », mais d'une hypothèse où la minorité du saisi fait admettre exceptionnellement une brèche à la règle de la non-admissibilité de la rescision dans certaines ventes.

(2) Henrys, L. IV, p. 22 (t. II, pp. 257 et suiv.).

seaud de la Combe (1), que, s'il y a lésion, pour peu considérable qu'elle soit, le mineur peut toujours revenir... » Et Ferrière (2) dit de même : « Quoique toutes ces conditions se rencontrent dans une aliénation de biens appartenant à un mineur, il peut néanmoins se faire restituer contre, s'il peut prouver qu'elle lui est désavantageuse, et qu'il a été lésé, en ce que le prix pour lequel a été vendu son immeuble n'en égale pas la valeur. » Nous sommes en présence d'une doctrine constante sur laquelle ne laissent point de doute les nombreux arrêts qui nous ont été conservés et qui ont entériné dans ce cas des lettres de rescision (3).

Il nous faut envisager d'une façon spéciale l'hypothèse où c'est le tuteur ou le curateur seul qui a consenti à la vente contre laquelle la rescision est demandée. C'est là une hypothèse d'autant plus importante que le mode d'intervention du tuteur et du curateur dans l'administration de la fortune de son pupille ou de son mineur s'était modifiée depuis

(1) *Remarques sur Louet et Brodeau*, (édit. de 1724), lett. A. 5.

(2) Ferrière, *Dictionnaire*, v^o *Aliénation d'un immeuble appartenant à un mineur*.

(3) On en trouvera plusieurs cités dans Henrys, *loc. cit.*, L. IV, q. 22, et dans Louet, lett. A., 5. — Adde 28 février 1722, *J. Aud.*, t. VII, p. 652. — Rappelons la confusion déjà signalée entre la voie de rescision et la voie de nullité qui rend certains arrêts d'autant plus difficiles à comprendre que les praticiens, employant les lettres en toute hypothèse, arguaient presque toujours dans leur demande à la fois d'une lésion et d'un vice de forme. V. par ex. : 28 février 1722, cité *supra*, et 11 juin 1720, *J. Aud.* t. VII, pp. 396 et suiv.

le droit romain : le procédé de la *negotiorum gestio* a perdu ses inconvénients avec le développement de la théorie de la représentation, et son emploi, naguère limité au cas où le pupille était un infans, a pris une extension telle que le plus souvent tuteur et curateur procèdent eux-mêmes au lieu et place du mineur aux actes nécessaires à la gestion de son patrimoine (1).

De ces actes d'aliénation accomplis conformément aux règles légales par le tuteur habilité, il faut rapprocher les actes dont l'exercice lui est normalement confié, les actes d'administration. Ces deux séries d'actes sont inséparables : le tuteur ou le curateur avait pouvoir de faire les uns et les autres ; nous pouvons donc les examiner en même temps.

Les uns et les autres pouvaient être attaqués par la voie de la rescision si, de leur fait, le mineur avait subi une lésion dans son patrimoine. Telle était la règle romaine pour les actes du tuteur, telle reste la règle de l'ancien droit pour les actes du représentant de l'incapable.

Elle existe, cela n'est pas douteux, pour les actes d'aliénation régulièrement accomplis par le tuteur. Les formalités imposées par « les loix » n'ont ni pour but ni pour effet d'écarter la restitution au profit du mineur, de substituer à la garantie de l'*in integrum restitutio* la garantie préventive de formalités

(1) D'où l'expression « curateur gérant » employé dans notre ancien droit, et l'adage « tuteur et curateur n'est qu'un. »

protectrices. Elles ont pour rôle principal de suppléer au défaut de pouvoir du tuteur, de lui donner, pour exécuter des actes qui sortent de ses attributions, le pouvoir qu'il a de droit commun pour les actes d'administration. On conçoit que, dans une telle conception, on n'ait pas songé à priver le mineur du bénéfice de restitution, et que l'on se soit tout naturellement conformé aux traditions romaines. « Les formalités remplissent la forme de l'acte, mais n'étouffent pas le privilège des mineurs de faire détruire les actes par lesquels ils souffrent lésion » (1).

La solution est certaine (2). Sa justification théorique peut paraître plausible. Son utilité et sa valeur pratique sont des plus contestables. D'une part, en effet, les intérêts du mineur ne sont-ils pas sauvegardés par l'intervention du juge? D'autre part, les intérêts des tiers ne sont-ils pas trop oubliés dans ce système où la protection du mineur multiplie les embûches et les dangers pour ceux qui traitent avec lui?

Ce sont là des inconvénients que nos anciens auteurs n'ont point manqué de signaler. « Il n'y a point (pour le tiers) d'assurance plus grande, dit par exemple Henrys (3), que d'acheter l'héritage plus qu'il ne

(1) Bourjon, *loc. cit.*, n° 21.

(2) V. notamment l'arrêt du 28 février 1722, cité *supra*. Rapprocher Grand'Chambre, 8 août 1684, *J. Aud.*, t. III, p. 907.

(3) Henrys, L. IV, p. 22. Le passage est trop plaisamment juste pour que nous renoncions à le citer tout entier : « L'aliénation des

vaut, et il semble que c'est l'unique moyen d'empêcher un mineur d'y revenir.»

Mais ces critiques restèrent presque sans effet sur la jurisprudence, et le seul tempérament qu'elle admit à la règle traditionnelle consista à refuser l'*integrum restitutio* aux mineurs dans le cas où leurs héritages avaient été vendus par *décret forcé*, c'est-à-dire dans le cas où leurs créanciers les avaient fait vendre judiciairement (1).

Les actes qui rentraient dans les pouvoirs du tuteur étaient de même sujets à restitution. Tuteur et curateur, disent nos anciens auteurs, représentent leur mineur : ils ont qualité pour l'obliger, mais leur pouvoir est « borné à ce qui peut être utile au mineur. » (2) La fiction de la représentation s'éva-

immeubles d'un mineur est chatouilleuse; quelque assurance qu'on y cherche, il n'y en a point, et quelquefois ce sont les précautions qui nuisent. On en peut dire ce qu'on dit des potirons, quelque apprêt qu'on en fasse, l'usage n'en est pas bon, et la meilleur sauce qu'on y puisse apporter, c'est de les jeter là. Ainsi en est-il des ventes des biens de mineurs. On prend l'avis des parents, on demande permission aux juges, on fait publier les héritages, on les fait estimer par experts; et, après tout, les juges interposent leur décret. Mais tout cela n'empêche pas que le mineur n'en réclame, et qu'il ne puisse rentrer dans son héritage s'il se trouve tant soit peu lésé. Donc il n'y a point d'assurance plus grande que d'acheter l'héritage plus qu'il ne vaut, et il semble que c'est l'unique moyen d'empêcher un mineur d'y revenir.»

(1) La jurisprudence du Parlement de Paris n'a été fixée en ce sens que vers la fin du xv^e siècle. Louet, lett. D. n^o 32, rapporte encore des arrêts contraires. Cf. Denisart, v^o *Décret*, n^{os} 84 et suiv. Bourjon, *loc. cit.*, n^{os} 20 et suiv.

(2) Meslé exprime la même idée, *loc. cit.*, p. 491 : « Que si les mineurs sont quelquefois obligés par les contrats de leurs tuteurs et curateurs, ce ne peut être qu'à cause du profit qu'ils en retirent, non à cause du fait et du consentement du tuteur. »

nouissait devant cette réalité : son motif, qui est l'intérêt du mineur, disparaissait, en effet, et il valait mieux pour lui qu'il cessât alors d'être représenté. « Régulièrement, écrit Brodeau (1), les jugements donnés et les contrats passés avec les tuteurs et curateurs ont leur exécution parée contre les mineurs... comme s'ils avaient été donnés ou passés par eux. » Les actes des représentants du mineur sont donc valables, mais le mineur peut les faire tomber : pour cela, « fait majeur, (il) se doit pourvoir dans les dix années de sa majorité, contre le contrat fait par le tuteur... autrement... il n'est non plus recevable à demander la rescision du contrat que s'il avait été fait avec lui-même. » La pensée est claire : c'est une traduction de l'adage « factum tutoris, factum pupilli » avec la réserve contre le fait du représentant, comme contre le fait du mineur, de la même sanction protectrice. Ainsi, le bail d'immeubles, la réception d'une « somme mobilière », la réception du remboursement d'une rente constituée, et, en général, tous les actes que le tuteur ou le curateur avaient pouvoir de faire, étaient sujets à restitution, s'ils étaient lésionnaires pour le mineur. Telle est la doctrine de nos anciens auteurs, doctrine conforme, d'ailleurs, aux traditions romaines les plus certaines, puisqu'à Rome, nous l'avons dit, la rescision attei-

(1) Brodeau sur Louet, lett. C. 11.

gnait les actes du tuteur agissant seul au nom de son pupille (1).

Après avoir examiné tour à tour les actes du mineur et les actes de son représentant, nous sommes donc amené à constater l'extrême importance théorique de la règle « minor restituitur ». Elle s'applique à tous les actes juridiques qui concernent le patrimoine du mineur : soit qu'ils aient été accomplis par son représentant légal, soit qu'ils aient été accomplis par le mineur lui-même, et, dans ce dernier cas, soit qu'il les ait accomplis seul, soit qu'il ait été assisté par son tuteur ou curateur. Enfin, même pour les actes soumis à des formalités spéciales, elle a conservé son utilité à titre subsidiaire. Sa sphère d'application n'a pas été réduite depuis l'époque romaine; elle a, au contraire, été élargie : les actes de l'impubère agissant seul ne sont plus nuls lorsqu'ils ne constituent pas de purs actes d'enrichissement; ils sont, eux aussi, simplement soumis à restitution.

L'in integrum restitutio n'a cessé, depuis son

(1) Cette doctrine nous inspire, quant à nous, les doutes les plus sérieux, et il nous semble bien que ce fut là une doctrine de logiciens étrangers à la pratique. Tout au plus peut-on l'accepter comme l'expression d'une ressource admise dans les cas extrêmes qui se présentent rarement dans la pratique. Parmi les très nombreux arrêts que nous avons consultés, aucun n'est intervenu dans cette hypothèse : toutes les décisions de justice que nous avons vues accorder la restitution au mineur contre un acte de son tuteur, ont été rendues dans le cas d'actes soumis à formalités et régulièrement accomplis ; il n'y avait vraiment pas place pour la rescision dans un achat de denrées ou de vêtements que le tuteur fait pour son mineur.

institution par le prêteur, de voir son rôle s'élargir.

Telles sont les apparences. Nous croyons pouvoir dire que telle n'est point tout à fait la réalité (1). Nous n'avons pas à revenir ici sur le caractère un peu plus théorique que pratique, dans la jurisprudence de nos anciens Parlements, de la distinction entre l'action en restitution et l'action en nullité.

Nous devons signaler, par contre, combien le champ d'application des règles sur les aliénations a changé depuis l'époque romaine. Tout d'abord, — différence d'une importance secondaire à la vérité — les formalités nécessaires à la vente des biens des mineurs sont plus rigoureusement requises qu'en

(1) Nous devons signaler ici une situation qui ne se retrouve plus dans notre droit moderne (art. 1442 C. civ. : « Le défaut d'inventaire après la mort naturelle ou civile de l'un des époux ne donne pas lieu à la continuation de la communauté ») et qui était elle aussi de nature à restreindre l'emploi de l'*in integrum restitutio* dans notre ancien droit. C'est la continuation de communauté entre l'un des époux et les enfants lorsqu'après le décès de l'autre conjoint, il n'a pas été fait d'inventaire, continuation que les enfants mineurs pouvaient demander. Il va de soi que, dans ce cas, les mineurs n'étaient plus qualifiés pour se faire restituer contre les actes du survivant de leurs parents qui n'agissait plus comme tuteur, mais comme chef de la communauté, et qu'il leur fallait accepter en bloc le résultat de la gestion. — Sur la situation, Ferrière, *Nouveau commentaire* ... sur l'art. 240 de N. C. de Paris, t. II, pp. 78 et suiv.... Que l'option laissée aux enfants se soit souvent présentée à eux faute d'inventaire régulier, et que les enfants aient souvent opté pour la continuation de communauté, c'est ce dont on se convaincra facilement en voyant l'abondante jurisprudence que nos anciens auteurs nous rapportent sur la matière. V. notamment Meslé, *passim* et spécialement p. 24, pour la coutume de Bretagne, p. 26 pour la coutume de Poitou, p. 30 pour la coutume de Paris, p. 633 pour la coutume de Valois, p. 616 pour les pays de droit écrit, lorsque la communauté est stipulée par le contrat de mariage.

droit romain : la disposition d'un particulier par son testament, qui ordonne la vente et l'aliénation, ne peut pas dispenser de ces solennités. (1) Ensuite, si la prohibition constantinienne de l'aliénation des meubles a disparu — comme devait disparaître une règle de circonstance —, et s'il n'est plus recommandé aux tuteurs (2) de ne pas exposer les capitaux du pupille aux risques d'un placement, l'extension considérable de la notion d'immeubles au moyen-âge et dans l'ancien droit a donné une portée toute nouvelle aux règles impériales sur l'aliénation des immeubles. Ce n'est plus seulement aux *praedia*, aux héritages, aux biens-fonds qu'elles s'appliquent; c'est à tous ces démembrements de la propriété que notre ancien droit a multipliés, c'est aux rentes foncières, c'est même aux rentes constituées et aux offices qui sont considérés comme immeubles par une « fiction légale faite pour l'avantage commun ». On peut dire, étant donné le caractère immobilier de la plupart des placements usités dans ce temps, que les actes d'aliénation dépassent, en général, les pouvoirs du tuteur.

Le droit et le devoir de vendre les meubles, la faculté dans certains cas, de vendre les « dettes actives mobilières » (3) ne doit pas faire illusion : il s'agit là d'opérations sans importance réelle. Si l'on ajoute

(1) V. Louet, lett. A., n° 5.

(2) C. 5, 37, *De admin. tut. vel curat.*

(3) Domat, *Lois civiles*, L. II, t. I, sect. III, n° 21.

encore (1) aux actes d'aliénation effective les actes tendant à l'aliénation — comme l'hypothèque —, si l'on tient compte du fait que dans ces actes préparatoires à l'aliénation entrent la demande en partage, la demande en licitation, l'acceptation ou la renonciation à succession, le déguerpissement, le compromis, tous actes soumis à des conditions de forme sanctionnées par la nullité, on voit combien peu importante va être, dans la réalité économique, la fonction de la rescision.

A quels actes va-t-elle s'appliquer, en effet, à titre principal, étant réservé son rôle subsidiaire dans le cas d'actes soumis à formalités? Aux actes que le tuteur peut accomplir librement. Et quels sont ces actes? Ce sont, d'abord les ventes de meubles; ce sont, ensuite, les actes d'administration.

La première série d'hypothèses est d'une importance médiocre, nous l'avons vu.

Dans la seconde, il faut distinguer, en réalité, deux genres d'actes différents : les actes d'administration courante, les actes qui dépassent cette administration — tels sont les placements faits des deniers du mineur, les acquisitions immobilières faites en son nom.

Encore faut-il remarquer que, pour ces placements, l'integrum restitutio ne jouait qu'un rôle secondaire : c'est, en effet, une règle dans notre ancien droit

(1) Bourjon, t. VI, chap. II, sect. II, nos 48 et suiv.

que « le tuteur ne peut faire emploi des deniers pupillaires que de l'avis des parents..., sans cela, ce ne serait pas administrer, mais disposer ». Tel est l'enseignement de Bourjon (1) qui ajoute qu'il est des emplois « autorisés par une loi générale » et pour lesquels dès lors l'avis des parents n'est pas nécessaire. Pour les emplois régulièrement faits, la restitution devait être rarement employée. Elle ne devait être vraiment utile que dans le cas où le tuteur s'était dispensé de prendre l'avis des parents ou ne s'y était pas conformé.

Restent les actes d'administration courante. Ils constituent dans notre ancien droit la seule grande série d'hypothèses où l'integrum restitutio remplit un rôle principal. Là, plus de formalités qui s'imposent au tuteur, plus de restrictions qui limitent son pouvoir : l'adage *factum tutoris, factum pupilli* s'applique pleinement. L'acte accompli par le tuteur est toujours opposable au pupille; le pupille est toujours valablement représenté : mais si l'acte de son représentant lui fait grief, il peut le faire tomber par l'effet de la restitution en entier.

Mais là encore, l'emploi de la restitution ne reste incontestée que pour les actes accomplis par le mineur seul. Et Pothier nous indique la restriction considérable qu'elle subit en ce qui concerne les actes d'ad-

(1) *Loc. cit.*, t. I, pp. 60 et suiv.; V. aussi Meslé, p. 208.

ministration du tuteur. Si longue que soit la citation, c'est là un témoignage essentiel, et que nous ne pouvons hésiter à reproduire ici : « Les mineurs ne sont pas restitués pour cause de lésion... contre (les actes) que leurs tuteurs ont faits avant leur émancipation, lorsque ces actes sont de pure administration nécessaire : par exemple, contre des baux faits de leurs héritages pour le temps qu'on a coutume de faire des baux ; contre l'achat ou la vente des choses mobilières, etc...

« La raison est tirée de l'intérêt même des mineurs, parce qu'autrement, ils ne trouveraient que difficilement des personnes qui voulussent contracter avec eux, dans la crainte qu'auraient ces personnes d'avoir des procès sous prétexte de lésion ; ce qui leur causerait un plus grand préjudice que ne leur serait avantageux le bénéfice de restitution, s'il leur était accordé contre de pareils actes » (1).

Une fois de plus, la vie, les besoins de la pratique, les nécessités du commerce juridique, affirment ainsi leur indiscutable maîtrise. La vieille règle traditionnelle s'est effritée sur un point où elle s'est révélée à la fois inutile et nuisible au mineur : inutile manifestement, parce que nous sommes bien ici dans une de ces hypothèses où l'intérêt du mineur — autant et plus encore que l'intérêt de ses cocontractants —

(1) Pothier, *Traité de la procédure civile*, édit. Bugnet, t. X, n° 733

exige que l'engagement pris en son nom soit définitivement valable, et où il n'est pas tolérable que pendant dix ans on puisse venir discuter un acte, consenti cependant par un individu jouissant de la pleine maturité de son jugement, sous le prétexte que son résultat économique a été préjudiciable au représenté; nuisible, parce que la perte subie dans le contrat, la lésion renfermée dans l'acte juridique constituerait pour le mineur un moindre préjudice que l'impossibilité où il serait de trouver des tiers disposés à traiter avec lui; parce qu'une telle pratique l'exclurait plus ou moins complètement du commerce juridique, et, enlevant à la théorie de la représentation du mineur par son tuteur son efficacité, ferait de l'incapable d'exercice un incapable de jouissance.

Voici dès lors la situation de fait à laquelle nous arrivons si l'on considère du point de vue de leur valeur les divers actes accomplis sur le patrimoine du mineur :

1^o Il en est de pleinement valables : ce sont les actes d'administration accomplis par le représentant légal du mineur ou accomplis par le mineur assisté;

2^o Il en est de simplement rescindables : ce sont les mêmes actes accomplis par le mineur lui-même en fraude de son incapacité;

3^o Il en est d'annulables : ce sont les actes dépassant la simple administration qui sont accomplis sur

le patrimoine du mineur sans observation des formalités légales;

4^e Enfin il est des actes où l'in integrum restitutio intervient comme moyen de protection subsidiaire : ce sont les actes soumis à formalités et pour lesquels ces formalités ont été remplies. D'autres règles — l'obligation de se soumettre à des formalités spéciales, l'interposition de l'avis des parents et l'homologation du juge, etc. — font alors la véritable protection du mineur; la règle minor restituitur ne joue que lorsque ces premiers et principaux modes de protection ont été insuffisants. Encore soulève-t-elle alors les plus vives critiques. Nous en avons vu dans Henrys la pittoresque et vigoureuse expression. Ces critiques, bien que fondées sur l'intérêt des tiers, n'eurent pas raison de la règle traditionnelle que Pothier rappelle encore (1).

Le tableau même que nous venons de tracer indique ce qu'est devenue l'incapacité du mineur dans ce nouveau système si différent du système romain.

A l'exception de l'enfant dont l'incapacité naturelle s'impose au droit comme au fait, le mineur, pubère ou non, n'est plus un incapable véritable. La loi ne lui interdit plus l'accès personnel de la vie juridique : elle se contente de tenir compte de son jeune âge pour se défier de son inexpérience ou de sa légèreté et pour conclure de l'existence d'une lésion

(1) *Traité de la Procédure civile*, édit. Bugnet, t. X, n^o 731.

dans un acte passé par lui à une défaillance de la volonté, à une imperfection de son consentement. Extérieurement révélé par un fait sensible, ce vice du consentement sera une cause de rescision de l'acte. Même pour l'impubère, la présomption d'incapacité ne suffit pas : il est nécessaire que l'acte même rende manifeste l'insuffisance de volonté.

DROIT MODERNE

Que sont devenues dans notre droit moderne français les solutions protectrices du mineur élaborées par notre ancienne jurisprudence? Qu'est devenue cette incapacité d'une nature si particulière dont le mineur était atteint? Quel a été enfin le sort de la règle *minor restituitur* dont nous avons déterminé l'exacte portée dans les dernières années de l'ancienne Monarchie? Telles sont les questions que nous devons examiner maintenant.

Nous avons le droit d'en signaler la difficulté complexe, et le devoir de remarquer que des systèmes multiples et contradictoires ont été défendus sur cette question. Aussi bien, éclairé par l'histoire, est-ce aux documents jurisprudentiels et aux textes seuls que nous allons demander nos solutions.

Rappelons la situation à la veille du Code civil.

Les règles romaines sur l'aliénation des immeubles restent en vigueur : irrégulièrement faites, ces aliénations sont nulles pour vice de forme.

Quant au reste, la règle *minor restituitur non tamquam minor sed tamquam laesus*, subsiste et a pris,

depuis le droit romain, une extension considérable. Le droit ne distingue plus entre les mineurs pubères et les impubères. Du moment, où, *en fait*, l'impubère est capable de consentement, il est traité comme le pubère : ses actes ne sont plus nuls, ils sont seulement rescindables en cas de lésion.

Accomplis par le mineur seul, accomplis par le mineur assisté, accomplis par le tuteur ou le curateur, les actes qui concernent le patrimoine du mineur sont soumis à restitution. La rescision est à la fois la sanction de l'incapacité du mineur et sa protection contre la mauvaise gestion de son représentant.

Elle ne cesse pas de s'appliquer même dans les actes préalablement revêtus des formes requises par la loi. Partout où un mineur est intéressé, son action intervient dès qu'est prouvée la lésion — preuve à la charge du mineur, hormis les hypothèses spéciales où elle est présumée de droit.

Une exception cependant est admise, au *xviii^e* siècle, à la règle générale : les actes de pure administration du tuteur sont inattaquables, même lorsqu'ils sont lésionnaires.

Voilà le système juridique que les auteurs du Code avaient sous les yeux lorsqu'ils ont élaboré la législation nouvelle, celui qu'ils avaient vu fonctionner devant eux et dont ils connaissaient aussi bien que personne, pour en avoir usé, les avantages et les

inconvenients. En ont-ils simplement codifié les solutions? Les ont-ils modifiées ou corrigées?

Il y a tout d'abord un point qui est hors de conteste : les auteurs du Code civil ne sont pas revenus sur le progrès réalisé par l'ancien droit et sur l'assimilation des impubères et des mineurs pubères.

Un texte avait été proposé (1) qui reprenait l'antique distinction : « Les engagements contractés par les impubères sont radicalement nuls. — Ceux contractés par les mineurs, les interdits, les femmes mariées, ne peuvent être attaqués que par eux dans les cas prévus par la loi... »

On reconnaît l'article 1125 du Code civil. La première partie du texte a disparu : les praticiens qui rédigèrent le Code ne voulurent pas faire une œuvre de résurrection historique et compliquer une législation déjà délicate en y inscrivant des solutions dont l'intérêt pratique était nul.

Que ce fût, en effet, compliquer la situation que d'admettre la distinction proposée, c'est ce qu'a fort bien vu et très clairement exprimé Bigot-Préameneu (1). « ...Il faudrait, si l'on voulait prononcer, à raison de l'âge, une incapacité absolue de contracter, il faudrait fixer une époque de la vie; et comment discerner celle où on devrait présumer un défaut total

(1) Art. 22 du projet primitif, Loqué, *Législation civile*, t. XII, p. 96

(2) Loqué, *loc. cit.*, t. XII, part. II, VIII, n° 18, pp. 321 et suiv.

d'intelligence? Ne faudrait-il pas distinguer les classes de la société où il y a moins d'instruction? Le résultat d'une opération aussi compliquée et aussi arbitraire ne serait-il pas de compromettre l'intérêt des impubères au lieu de le protéger?»

Que ce fût inscrire dans la loi une solution sans intérêt pratique, c'est l'évidence même. « Dans leur qualité de mineurs, remarque Bigot-Préameneu au même passage, la moindre lésion suffit pour qu'ils se fassent restituer; ils n'ont pas besoin de recevoir de la loi d'autre secours. » N'est-il pas certain d'ailleurs qu'ayant en face de lui un enfant, aucun tiers de bonne foi n'hésitera un seul instant, si l'affaire est de quelque importance et si la nécessité n'est point pressante, à s'adresser à son représentant légal pour traiter avec lui? N'aurait-il pas tout lieu de craindre au cas contraire, d'être accusé d'avoir abusé de l'inexpérience du mineur et de voir accueillir la plainte de celui-ci? Et n'est-il pas bon, cependant, de ne pas emprisonner même le tout jeune enfant dans une incapacité si radicale qu'il ne puisse faire le moindre achat, si nécessaire soit-il, sans que le marchand qui lui aura vendu ne doive craindre une action en nullité? Ne voyons-nous pas tous les jours dans la réalité des faits économiques — ne voyait-on pas plus fréquemment encore il y a cinquante ans — des impubères, engagés dans les liens d'un contrat de travail, être obligés de procéder eux-mêmes aux

achats de denrées utiles à leur subsistance? Ne rencontre-t-on pas, même dans les anciens textes, des décisions en vertu desquelles le père et la mère de l'écolier sont tenus de payer « ce que il a enprunte por son vivre ou por son maistre paier? » (1) A quoi bon, en face des vivantes exigences des faits, ces règles d'airain que la réalité vient briser?

Voici donc un premier point acquis : tous les mineurs sont traités d'identique façon.

Mais de quelle façon?

Les textes — si nous les lisons en négligeant l'enseignement de l'histoire — ne nous donnent, sur l'ensemble de la question que d'assez médiocres clartés.

1^o ACTES SOUMIS A FORMALITÉS ET IRRÉGULIÈREMENT ACCOMPLIS.

Cependant il est une première règle que le Code exprime en termes fort nets : c'est la nécessité de revêtir de formalités spéciales certains actes particulièrement importants.

Cette règle est formulée dans les articles 457 et suivants du Code civil en ce qui concerne les actes du tuteur dépassant la pure administration, — dans les art. 483 et 484, alinéa 1^{er}, en ce qui concerne

(1) Assises de Jérusalem, cité par Brissaud, p. 118.

les actes du mineur émancipé (1)—, dans l'article 1398, en ce qui concerne le contrat de mariage de mineur (2).

Nous n'avons pas à examiner ici dans le détail la nature de ces formalités : elles consistent, d'une façon générale, dans l'intervention d'un pouvoir de haute tutelle, le conseil de famille; et, dans les cas les plus graves, dans l'homologation des décisions de ce conseil par le tribunal de première instance. Le tuteur, lorsqu'il s'agit d'un mineur non émancipé, — le mineur lui-même, lorsqu'il s'agit d'un mineur émancipé —, est tenu d'accomplir ces formalités. Les actes principaux pour lesquels elles sont requises sous le régime du Code civil sont : les aliénations immobilières et l'hypothèque, les emprunts, l'acceptation de succession, l'acquiescement à une action immobilière, le partage, la transaction, — actes auxquels il faut ajouter en ce qui concerne le mineur non émancipé l'acceptation d'une donation, l'exercice d'une action immobilière, la demande en partage.

Pour le contrat de mariage du mineur, les formalités sont différentes : conformément à l'adage traditionnel « *habilis ad nuptias, habilis ad facta nuptialia* », le mineur est capable en principe de consentir à son contrat de mariage. La loi n'exige ici ni l'intervention

(1) Signalons ici les difficultés auxquelles ont donné lieu les actes de commerce du mineur non autorisé à faire le commerce.

(2) Rapprocher l'art. 114 C. comm. et les controverses auxquelles ont donné lieu les actes de commerce du mineur non habilité à faire le commerce.

du tribunal civil, ni l'intervention du conseil de famille : elle se contente de l'assistance dans le contrat des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage.

Voyons quelle est la sanction de l'inobservation des formalités légales ; nous le ferons en séparant de l'ensemble des hypothèses que nous venons d'énoncer l'hypothèse particulière du contrat de mariage.

L'hypothèse essentielle, celle sur laquelle s'est construite, dans notre ancienne jurisprudence, la théorie des actes soumis à formalités, c'est l'aliénation immobilière. C'est à son propos que se sont dégagés peu à peu les principes que nous allons exposer, et c'est d'elle que se sont séparées progressivement, comme d'un tronc commun, les autres hypothèses que nous avons énoncées comme donnant lieu également à formalités.

Depuis le droit romain, des préoccupations économiques invariables que justifiait la place prédominante occupée dans les fortunes anciennes par les éléments immobiliers, et que l'évolution sociale n'avait pas encore contredites dans les premières années du *xix^e* siècle, interdisaient en principe l'aliénation des immeubles et ne toléraient d'exception à cette règle que dans le cas d'une nécessité ou d'une utilité particulièrement pressantes et sous la garantie de formalités rigoureuses. Conditions de fond et

conditions de forme avaient, les unes et les autres, une commune sanction : la nullité. L'accomplissement des secondes ne suffisait pas à couvrir l'irréalité des premières : par-delà l'appréciation des parents, même ratifiée par justice, les Parlements se réservaient le droit de constater le manque de fondement de la vente et d'annuler celle-ci. Le Code civil a maintenu la double condition de fond et de forme. Mais une fois l'autorisation accordée par le conseil de famille et homologuée par le tribunal, la vente ne peut être annulée sous le prétexte qu'il n'existait en réalité ni nécessité absolue, ni avantage évident (1). Les tiers sont protégés par l'accomplissement des formalités légales.

Quelle est la conséquence de l'omission de ces formalités ? La règle *minor restituitur non tamquam minor sed tamquam laesus* s'applique-t-elle, ou bien, comme sous l'ancien droit, est-ce, non la rescision, mais la nullité que le mineur pourra invoquer ?

La jurisprudence a marqué sur ce point quelque hésitation. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de Metz du 9 avril 1815 a repoussé une demande en nullité intentée par un mineur, contre la vente d'un immeuble en constatant en fait que cette vente était nécessaire et avait été faite au juste prix. Le raisonnement de la Cour est facile à saisir : elle ne conteste point que le tuteur aurait dû accomplir les formalités prescrites

(1) V. Aubry et Rau, 4^e édit., t. I, p. 450.

par les articles 457 et suivants du Code civil, mais elle refuse de faire tomber l'opération irrégulière qui lui était déférée en remarquant que l'inaccomplissement des formalités n'avait causé au mineur aucun préjudice; que le prix dont l'immeuble avait été payé était le juste prix, qu'il ne renfermait aucune lésion. C'est admettre d'une façon incontestable la nécessité d'une lésion pour faire annuler une vente irrégulière en la forme.

Nous retrouvons la même doctrine plus explicitement formulée dans un arrêt de la Cour de Lyon (1). Il s'agissait d'une femme mariée qui avait aliéné un droit immobilier. Elle demandait la nullité de la vente en arguant du fait que la présence de son mari ne suffisait pas à rendre régulière la vente d'immeubles puisque, doublement incapable, comme femme mariée et comme mineure, elle devait, aux termes de l'article 484, alinéa 1^{er}, rapporter l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal civil. La Cour repousse sa demande en constatant en fait que « dans l'espèce le prix de la vente... est de beaucoup supérieur au prix d'acquisition », et en considérant en droit que « le mineur ne peut se prévaloir de l'inobservation de ces articles (484 al. 1^{er}, 457 et suiv., C. civil, 953 et suiv. C. proc. civ.) qu'autant qu'il prouve qu'il a été lésé. »

Ces arrêts s'expliquent à la fois par les précédents

(1) Lyon, 17 août 1880, S. 82.2.79.

historiques et par une considération d'équité dont il est difficile d'écarter ici l'autorité.

Nous avons vu qu'à la faveur d'une confusion bien explicable, les Parlements de l'ancienne France, si peu ignorants qu'ils fussent de la distinction théorique entre la voie de nullité et la voie de rescision, les distinguaient moins scrupuleusement dans la pratique; que l'usage s'était introduit de prendre, dans l'un et l'autre cas, des lettres de rescision, et qu'enfin l'exigence même de l'existence d'un préjudice dont le mineur puisse exciper pour demander la nullité ne laissait pas que de rapprocher singulièrement deux institutions juridiques dirigées vers un même but de protection du mineur.

Aussi, là même où ils ne prononcent pas le mot de lésion et où leurs termes n'en évoquent pas la pensée, nous trouvons dans quelques arrêts modernes (1) la même préoccupation que dans les décisions de l'ancienne jurisprudence : il faut que le mineur ait un intérêt à agir. Et c'est là la considération d'équité à laquelle nous faisons allusion, considération conforme à la fois à la tradition de notre droit et à l'adage toujours admis : « Pas d'intérêt, pas d'action. »

Mais si équitable que cette solution puisse paraître, elle est contredite par la très grande majorité des arrêts, et elle n'a jamais été acceptée par la Cour de Cassation.

(1) Sic. Poitiers, 2 mars 1859, S. 61.1.674, sous Cass. 23 mars 1861 19 février 1807, S. chr. sous Cass. 28 août 1807.

Le système de la jurisprudence peut s'analyser de la façon suivante : la loi, dans des hypothèses particulièrement graves, veut que ce soit, sous le contrôle du tribunal civil, un conseil de parents, attachés au mineur par une vigilante sympathie, qui prenne une décision sur l'intérêt économique de l'opération proposée par le tuteur ou par le mineur émancipé. Elle voit dans l'intervention du conseil de famille une garantie exceptionnellement sérieuse qui ne doit jamais être refusée au mineur, garantie que complètent l'intervention du tribunal civil, qui doit refuser son approbation à une opération jugée dommageable, et les formes adoptées pour la vente. Lorsque ces garanties n'ont pas été données au mineur, les juges n'ont pas à rechercher si effectivement il a subi un préjudice ; il leur suffit de constater qu'il n'a point profité de la pleine protection de la loi : le préjudice est présumé. C'est ainsi qu'en a décidé un arrêt de la Chambre civile du 26 août 1807, (S. chr.) qui, écartant les considérations de fait et d'équité retenues par les premiers juges, se contente, pour casser leur décision, de constater que les formalités et solennités prescrites n'ont pas été remplies. La doctrine adoptée par la Cour suprême se trouve fort heureusement formulée dans un arrêt de Rennes du 2 mars 1825 (1) :

(1) S. chr. Rapprocher : Rennes, 17 novembre 1856, S. 37.2.254 ; Paris, 18 mars 1839, S. 39.2.178 ; Chambéry, 31 mai 1882, S. 82.2.211 ; Cass. civ. 6 mars 1893, S. 97.1.502 ; Montpellier, 23 mars 1899, Mont. Midi 21 mai 1899.

« Il n'est pas permis de supposer, dit cet arrêt, que, dans une pareille matière, les volontés de la loi, exprimées dans les termes les plus impératifs, pussent être impunément éludées ». Et il continue : « Que si la première condition pour autoriser la vente de l'immeuble d'un mineur est la nécessité absolue ou l'avantage évident, dont il ne saurait être le juge, *la circonstance qu'il n'y aurait pas eu lésion devient évidemment insignifiante*, et l'avantage du prix obtenu, quelque élevé qu'il puisse être, serait toujours contestable, puisqu'il aurait pu s'élever encore plus par une vente publique aux enchères; qu'il suit de ces considérations qu'une telle vente publique est de droit présumée lésionnaire, dès qu'elle a été faite sans les préalables et sans les formalités voulues par la loi. »

Énoncée dans ces termes et expliquée par une présomption de préjudice, la jurisprudence pouvait être entièrement approuvée. En réalité, il s'agissait pour le mineur d'une simple dispense de preuve : son intérêt à agir en nullité était présumé du moment où il prouvait que les formalités légales avaient été négligées. Les tribunaux n'avaient pas à s'inquiéter de savoir si la présomption était conforme à la réalité.

Mais la Cour de Cassation a été plus loin. Elle a admis que la demande en nullité devrait encore être accueillie alors même qu'il serait manifeste que cette nullité préjudicierait gravement au mineur. Envisageant l'intérêt des mineurs, l'arrêt contre

lequel le pourvoi était intenté constatait explicitement que « la décision qui annulerait (l'aliénation d'immeubles) serait désastreuse pour leurs intérêts »; la Cour de Cassation se contente néanmoins de rappeler que les mineurs peuvent attaquer la vente « sans obligation pour eux de prouver qu'il en résulte à leur préjudice une lésion quelconque » et refuse de tenir compte « pour écarter la nullité proposée » de ce que l'opération offrait des « résultats favorables aux demandeurs ». C'était aller plus loin que l'arrêt de 1807 : celui-ci s'était contenté d'accueillir la demande des mineurs au mépris de leur intérêt; l'arrêt du 25 mars 1861 (1) repoussait formellement, dans son dispositif même, contre la présomption de lésion, explication juridique de la nullité, la preuve contraire. D'une nullité qui n'a d'autre but que la protection du mineur, — ce que notre ancien droit n'avait jamais perdu de vue, — la jurisprudence moderne a fait une règle rigide qui vient sanctionner la non-observation de règles abstraites dont le but pratique est méconnu.

De cette jurisprudence, on peut tenter de donner une justification théorique. Elle s'est élaborée, en effet, sur les cas où le tuteur agit au nom du mineur sans observer les formalités légales (2). Or, dans cette hypothèse, la tradition de notre droit voulait que le tuteur fût considéré comme un mandataire qui

(1) S. 61.1.673, D. 61.1.202.

(2) V. notamment Cass. civi. 26 août 1807 et 25 mars 1861.

dépasse les limites de son mandat et agit sans pouvoir. Si donc le mineur voulait faire tomber ces actes, il était bien inutile qu'il prouvât un préjudice : lésionnaire ou non, la vente faite par le tuteur devait être déclarée nulle, le tuteur étant sans qualité pour vendre. Déjà l'ancienne jurisprudence traitait la vente, faite par le tuteur non autorisé, du bien de son mineur comme une vente de la chose d'autrui, radicalement nulle. La jurisprudence moderne s'inspirait fidèlement des traditions de nos Parlements et tirait les conséquences logiques de la nullité absolue de l'opération faite par le tuteur.

Il eût été fort explicable qu'elle traitât différemment les actes irrégulièrement accomplis par le mineur seul. En exigeant dans cette hypothèse la preuve d'un préjudice, les arrêts auraient consacré une solution qui n'eût heurté aucun principe. S'ils ne l'ont pas fait, et s'ils ont, dans ce cas, aussi prononcé la nullité, sans exiger la preuve d'un préjudice, c'est que la jurisprudence a été visiblement impressionnée par le fait qu'une irrégularité supplémentaire — le fait d'agir par lui-même au lieu d'être représenté par son tuteur — aurait donné à l'acte du mineur non émancipé une solidité plus grande puisqu'il eût fallu alors pour faire tomber un acte *doublement irrégulier* que le mineur rapportât la preuve d'un préjudice.

Même en ce qui concerne le mineur émancipé (1),

(1) V. contra Lyon, 17 août 1880, cité *supra*.

appelé à procéder par lui-même, une fois observées les formalités prescrites, à l'aliénation de ses immeubles, l'existence d'un préjudice n'a pas été exigée par la jurisprudence qui se refuse à distinguer entre les actes soumis à formalités et les traite d'identique façon quel que soit leur auteur.

Une autre distinction traditionnelle a été également repoussée par la Cour de Cassation. Nous avons signalé déjà que nos anciens Parlements n'appliquaient la prescription de dix ans qu'aux actes soumis à formalités et irrégulièrement accomplis par le mineur lui-même assisté ou non. Ils appliquaient, au contraire, la prescription de trente ans aux mêmes actes accomplis par le tuteur. Ce faisant, ils étaient logiques avec leur système : la différence provenait de ce que, dans un cas, le mineur avait fait, au mépris des règles de protection, un acte qui concernait *son patrimoine*, tandis que, dans l'autre cas, le tuteur avait accompli, *sans pouvoir ni qualité*, un acte de disposition sur *le patrimoine d'autrui*. Et le tuteur était sans qualité ni pouvoir puisqu'il n'était chargé que d'administrer et devait, pour les actes d'aliénation immobilière, recevoir un mandat spécial des parents (1).

Sous le régime du Code civil, plusieurs Cours

(1) Que telle soit bien la doctrine de notre ancien droit, c'est ce que nous croyons indiscutable : il suffit d'étudier la jurisprudence de nos anciens Parlements pour s'en convaincre, et il est vraiment surprenant que d'excellents auteurs s'y soient trompés.

d'appel sont restées longtemps fidèles à l'ancienne jurisprudence (1). Elles appuyaient leur doctrine sur l'interprétation traditionnelle de l'article 134 de l'Ordonnance de 1539 (2) et indiquaient également des arguments de texte et d'équité qui ne laissent pas d'être impressionnants. L'article 1304, dit-on dans ce système, ne vise, lorsqu'il parle de la prescription de l'action en nullité, que les actes faits « par les mineurs » : il est étranger aux actes irrégulièrement faits par les tuteurs. Si ces actes sont nuls, ils le sont en vertu de l'article 1599 sur la vente de la chose d'autrui : il s'agit donc d'une nullité absolue et radicale. Le mineur devenu majeur aura, vis-à-vis du détenteur du bien irrégulièrement aliéné par son tuteur, l'action en revendication, action qui durera trente ans, sauf application de la prescription acquiescitive de 10 ou de 20 ans si le détenteur a un juste titre et est de bonne foi. Et l'argumentation de texte a paru assez probante à certaines juridictions pour que, repoussant, en ce qui concerne leur ressort de Parlement, l'argument tiré d'une jurisprudence antérieure au Code, elle ait, à elle seule, motivé leur

(1) Consulter Metz, 1^{er} juin 1821 et 22 juin 1823, S. chr.; 21 juillet 1831, S. 36.11-30, sous Cass. 25 novembre 1835 qui casse l'arrêt de Metz. Bordeaux, 10 juillet 1829 S. chr., 21 avril 1858, S. 58.2.396; Riom, 13 décembre 1826, S. chr.; Grenoble, 21 mars 1833, S. 33-2.580; Rennes, 1^{er} août 1833, S. 33.2.581; Douai, 24 août 1839, P. 39.2.659 et 20 novembre 1870, S. 72.2.1.

(2) V. notamment Toulouse, 7 juin 1830, S. 31.2.66, rendu sur l'ordonnance, dans ses motifs, et Metz, 1^{er} juin 1821.

décision (1). Enfin, il paraît équitable de traiter plus rigoureusement un acte que le mineur a pu ignorer, que le tuteur a pu accomplir clandestinement et dont il a pu ne pas faire mention dans son compte de tutelle (2) : si le mineur a fait lui-même en minorité une vente irrégulière, il pourra vraiment, pendant les 10 ans qui suivront sa majorité, se rendre compte de la faute commise et faire tomber l'acte qui lui fait grief; si, au contraire, c'est son tuteur qui a agi, le mineur pourra être trompé et il est sage alors de lui laisser pendant un temps plus considérable la possibilité de revenir sur un acte irrégulier dont les conséquences peuvent être pour lui exceptionnellement graves. Il n'est pas de cas où le très long délai de la prescription de 30 ans puisse être plus utile et soit mieux justifié.

L'argumentation des Cours d'appel nous paraît bien fondée. Elle n'a pas triomphé cependant; et, à plusieurs reprises, la Cour de Cassation s'est rangée délibérément à l'opinion contraire. Par un arrêt du 15 novembre 1826 (3), elle a commencé par admettre — contrairement à l'opinion certaine de nos anciens Parlements et de la presque unanimité de nos anciens auteurs — que la prescription de 10 ans de l'Ordonnance de 1539 s'appliquait aux actes du tuteur qui aliène l'immeuble de son mineur, du moins lorsque

(1) V. Bordeaux, 21 avril 1858.

(2) V. Douai, 20 novembre 1870.

(3) Rappr. Riom, 25 mars et 8 mai 1829, S. chr.

le tuteur n'agit pas en son nom personnel. « Dans aucun cas, disait-elle pour justifier sa thèse, la justice n'autorise les mineurs à aliéner eux-mêmes leurs immeubles; et ainsi, lorsque l'Ordonnance de 1539 parle de la nullité des contrats faits par les mineurs, sans décret ni autorité de justice, cela ne peut s'entendre que des contrats qui ont été faits par le tuteur, en sa qualité de tuteur, dans laquelle, ainsi que le dit l'article 450 Code civil, il est le représentant du mineur ». Le raisonnement est doublement vicieux : s'il affirme justement que « la justice n'autorise pas le mineur à aliéner lui-même ses immeubles », il méconnaît la pratique qui nous offre des exemples de mineurs émancipés ou non qui, proches de la majorité, vendent eux-mêmes leurs immeubles sans observer les formalités prescrites. Personne n'ignore, en effet, que, pour éviter des formalités onéreuses et qui paraissent d'autant moins nécessaires que le mineur est plus près de l'âge de capacité, la pratique a eu recours à des procédés nombreux : engagements d'honneur pris par le mineur, intervention d'un porte-fort, obligation accessoire d'une caution solvable. Bien mieux, le Code civil, dans son article 2012 a prévu lui-même ce dernier procédé lorsque, par exception à la règle générale, il permet de cautionner valablement l'obligation annulable du mineur. Et la Chambre civile avait eu l'occasion, dès les premières années du xix^e siècle, d'appliquer cet

article 2012 à des ventes d'immeubles faites irrégulièrement par des mineurs (1). Le raisonnement est vicieux encore — et c'est notre deuxième grief — parce que, pour démontrer l'existence dans l'ancien droit du pouvoir général de représentation du tuteur, l'arrêt fait appel à l'article 450 Code civil, article dont le sens est d'ailleurs à déterminer, et qu'il est impossible en tout cas d'invoquer pour la législation antérieure au Code civil .

Une fois le système accepté par elle pour l'ancien droit, la Chambre civile a été logiquement amenée à l'admettre en interprétant le Code civil. Elle a considéré l'article 1304 comme la reproduction de l'article 134 de l'ancienne ordonnance et l'a déclaré applicable aux actes réguliers du tuteur. Un rapprochement ingénieux entre l'article 1304 et l'article 475 fortifiait sa thèse. Ces deux textes se complètent, disait-elle; l'article 1304 limite à dix ans l'action en nullité dirigée par le mineur contre les tiers; l'article 475 limite à dix ans « toute action du mineur contre son tuteur, relativement aux faits de la tutelle ». Nous sommes en présence d'un système complet et homogène qui tend à rendre indiscutables dix ans après la majorité du mineur tous les actes accomplis par lui ou pour lui pendant sa minorité. Et cette solidarité entre les prescriptions de l'article 475 et celles de l'article 1304 lui semblait d'autant

(1) Cass. civ. 30 novembre 1812, S. chr.

plus certaine que, si l'on refusait d'appliquer l'article 1304 aux actes du tuteur, le tiers évincé par le mineur eût pu, plus de dix ans après l'acte, agir en garantie contre le tuteur : le tuteur aurait pu, au mépris de l'article 475, être inquiété pendant plus de dix ans pour ses actes de tutelle. Un dernier argument enfin — non explicitement reproduit dans l'arrêt de principe du 25 novembre 1835 (1), mais déjà invoqué par l'arrêt de 1826 et très heureusement formulé dans un arrêt de la Chambre des Requêtes du 7 mars 1876 (2) — venait soutenir cette thèse : le tuteur était toujours, dans les actes de disposition comme dans les actes d'administration, le représentant du mineur puisqu'aux termes de l'article 450 « il le représente dans tous les actes de la vie civile ».

Ce dernier argument est discutable. L'article 450 est, en effet, la reproduction de l'adage « factum tutoris, factum pupilli » et il peut paraître hardi de supposer qu'en l'inscrivant dans la législation nouvelle les praticiens qui la rédigèrent aient voulu en changer le sens. Or, avant le Code civil, il est certain que le brocard ne s'appliquait qu'aux seuls actes d'administration du tuteur ; que, pour les actes de disposition, il devait être nommé « tuteur ad hoc » par la famille, en d'autres termes qu'il devait recevoir

(1) Cass. civ. 25 novembre 1835, S. 36.1.130. Rappr. Bordeaux, 27 juillet 1871, S. 72.2.221.

(2) S. 76.1.291 ; D. 77.1.260, Sic. Paris 2 novembre 1840, S. 41.2.134.

un mandat spécial. Mais surtout le rapprochement entre les articles 1304 et 475 est loin d'être concluant, et pour deux raisons : Tout d'abord, le danger que courait le tuteur de se voir poursuivre en garantie pendant plus de dix ans est loin d'être établi : le tuteur est un mandataire. Si ceux qui contractent avec lui connaissent les limites de son mandat — mandat légal ici dont tout le monde doit savoir l'étendue — il « n'est tenu d'aucune garantie pour ce qui a été fait au-delà, s'il ne s'y est personnellement soumis ». L'article 1997 écrit pour le mandataire protège le tuteur. Voilà pour le cas où le tuteur a agi en invoquant sa qualité de tuteur : le système tiré du rapprochement des articles 475 et 1304 est alors inutile.

Voici pour le cas où il n'a pas invoqué cette qualité : nous allons voir qu'alors le système invoqué est contredit par la jurisprudence même de la Cour de Cassation. Les arrêts distinguent, en effet, entre les deux hypothèses : ils appliquent bien l'article 1304 lorsque le tuteur s'est présenté et a agi en prenant cette qualité ; ils admettent, au contraire, la prescription de trente ans lorsque, ne prenant pas qualité de tuteur, il a agi en son propre et privé nom (1).

(1) V. l'arrêt du 7 mars 1876, motifs. Rapp. Cass. civ. 14 novembre 1826. Distinction délicate et dangereuse que rend moins périlleuse pour la pratique l'emploi très large de la clause de porte-fort d'où la jurisprudence conclut sagement que le tuteur a, quoique ne prenant pas cette qualité, agi comme tuteur au nom du mineur.

Le principal avantage du système de la Cour de Cassation, avantage qui consiste dans l'adoption d'un seul et unique délai de prescription pour toutes les actions du mineur devenu majeur contre son ex-tuteur ou contre ceux qui ont traité avec son représentant ou avec lui-même, s'écroule ainsi : discutable au point de vue juridique, cette jurisprudence n'offre même pas de garanties très fermes à la pratique pour qui il eût été avantageux de voir réduire à dix ans en toute hypothèse, le délai de prescription de l'action en nullité. Il reste comme un point acquis qu'à la différence de l'ancienne jurisprudence, la jurisprudence moderne considère comme prescriptible par 10 ans la nullité des actes irréguliers en la forme faits par le tuteur, et que, d'une nullité absolue, elle a fait une nullité de protection pour le mineur. Que l'acte ait été fait par le mineur ou par le tuteur comme tel, la situation est la même : la nullité ne peut être demandée que par le mineur seul — pour la protection de qui elle a été instituée — ou par ceux qui viennent à ses droits. C'est ce que de nombreux arrêts n'ont cessé de proclamer et ce qui ne saurait plus être discuté dans l'état actuel de la jurisprudence (1).

Nous arrivons ainsi pour les actes soumis à formalités aux règles suivantes : irrégulièrement faits, ils

(1) V. notamment Cass. Req. 11 décembre 1810, 24 août 1813 4 juin 1818, S. chr.; Cass. civ. 30 août 1815. Rapp. Dijon 27 novembre 1895, S. 97.2.191.

ne sont pas seulement rescindables, ils sont nuls. Cette nullité est de même nature, qu'il s'agisse d'actes faits par le tuteur ou par le mineur lui-même : elle est relative, étant une nullité de protection, et ne peut être invoqué que par le mineur ; elle peut l'être sans que le mineur ait à prouver un préjudice quelconque. Nous sommes loin des solutions de notre ancien droit.

En ce qui concerne le contrat de mariage passé, au mépris de l'article 1398 par un mineur non assisté, le système admis par la jurisprudence est différent.

La tradition de notre droit avait admis sur ce point quelques règles assez faciles à formuler, mais dont l'application n'était pas sans difficulté. Le mineur était habile à faire son contrat de mariage et il n'était pas en principe restituable contre les clauses qui n'étaient pas exorbitantes du droit commun. Il était, au contraire, restituable contre les clauses non habituellement usitées et lésionnaires pour lui. Enfin la restitution disparaissait même dans ce cas si les clauses exorbitantes avaient été approuvées par les principaux parents du mineur, autorisées par décret du juge, et si, encore que lésionnaires en elles-mêmes, ces clauses étaient liées à d'autres clauses qui, au total, rendaient le contrat non dommageable pour le mineur.

L'article 1398 tendait à simplifier la situation. Il

maintient, pour ce cas exceptionnel, la règle de la capacité du mineur, mais il impose au mineur l'assistance dans le contrat des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage.

Quelle est, en cas d'inobservation, la sanction de cette formalité? Est-ce la rescision ou la nullité? La réponse n'est pas douteuse : c'est la nullité (1). « Attendu, dit un arrêt de la Chambre Civile du 13 juillet 1857 (2), que, lorsqu'il s'agit d'un acte aussi important que le contrat de mariage, pour la validité duquel, en cas de minorité de l'un des futurs conjoints, la loi exige des formalités spéciales, telles que l'assistance d'un conseil de famille (art. 160, C. civ.), l'absence de ces garanties légales suffit pour entraîner la nullité du contrat, sans qu'il soit besoin de rechercher si la partie mineure a été lésée... »

Mais sommes-nous en présence ici d'une nullité relative comme dans le cas d'aliénation irrégulière d'un immeuble ou en présence d'une nullité absolue? L'article 1398 déroge-t-il à la règle générale de l'article 1125 et permet-il à tout intéressé d'agir en nullité du contrat de mariage? C'est cette dernière solution qu'a admise la Cour de Cassation (3), et elle l'a justifiée en faisant appel à la théorie de l'immutabilité du contrat de mariage. Les conventions matrimoniales

(1) V. cependant Cass. Req. 8 août 1859, S. 60.1.459; D. 59.1.361, et sous cet arrêt Aix 7 juillet 1858.

(2) D. 57.1.348.

(3) Cass. civ. 5 mars 1855 S. 55.1.348.

ont une importance trop grande, non seulement pour les époux eux-mêmes — pour l'époux majeur comme pour l'époux mineur —, mais pour les tiers qui traitent avec les conjoints sur la garantie du régime juridique auquel est soumis leur association conjugale, pour que leur sort puisse être livré au bon plaisir de l'époux qui a contracté en minorité. La règle de l'immutabilité a précisément pour but de sauvegarder les intérêts des tiers. Or, quel danger plus grand pourraient-ils courir que celui de voir annuler après une longue série d'années un contrat de mariage dont l'irrégularité leur était inconnue ou dont, au moins, l'application prolongée devait leur faire penser que le mineur en respecterait l'existence?

Sans doute on peut objecter que tout le système de de protection du mineur fait courir aux tiers des risques analogues. Mais ne faut-il pas répondre que le contrat de mariage est une convention d'une importance exceptionnelle, qu'il ne régit pas seulement un acte isolé, qu'il est le statut fondamental d'une société appelée à se continuer souvent pendant une vie d'homme? Enfin, n'est-ce pas seulement après la dissolution du mariage — après 20, 30, 40 ans peut-être — que la prescription commencera à courir qui consoliderait la situation et protégerait les tiers? Aussi faut-il approuver pleinement la Chambre Civile lorsqu'elle observe pour motiver sa décision que « s'il dépendait de l'époux qui, après le mariage, a con-

tracté avec des tiers, de faire tomber ou de laisser subsister les conventions matrimoniales selon qu'il lui plairait d'en demander ou de n'en pas demander la nullité, *la condition des tiers demeurerait perpétuellement incertaine, et qu'à leur égard le pacte matrimonial perdrait le caractère d'immuabilité* que la loi a voulu y attacher.» La Cour était ainsi amenée à trancher la question par l'interprétation des articles 1394 et 1395 (1), et à écarter l'application de l'article 1125 Code civil. Du point de vue pratique, la valeur de la solution est indiscutable. Encore peut-on faire remarquer que nous sommes en présence ici d'un texte écrit dans l'intérêt de l'incapable, que la nullité de l'article 1398 est la conséquence de l'inobservation de formalités protectrices du mineur, qu'elle est donc relative dans sa source et que la solution jurisprudentielle — si heureuse qu'elle soit — est assez malaisée à concilier avec la théorie classique des nullités. Aussi bien est-ce là une discussion qui sortirait du cadre de notre étude.

Résumant maintenant les solutions que nous venons d'établir dans ce premier paragraphe, nous pouvons dire que l'omission des formalités imposées

(1) Adde à Cass. civ. cité *supra*, Cass. civ. 19 juin 1872, S. 72.1.281; Cass. Req. 16 juin 1879, S. 80.1.166; Parmi les décisions récentes, émanées des Cours d'appel ou des tribunaux de première instance, citons : Pau, 7 juillet 1906, *La Loi*, 22 septembre 1906, Riom, 17 juillet 1906, sous Cass. 21 octobre 1908, S. 08.1.449 et Quimper, 23 novembre 1910, S. 12.2.257,

par la loi pour certains actes a pour sanction dans notre droit moderne, non la rescision, mais la nullité; — que cette nullité peut être demandée par le mineur sans qu'il prouve aucun préjudice, et que, hormis exception pour le contrat de mariage, cette nullité ne peut être invoquée que par le mineur ou son représentant.

Dans la première hypothèse que nous avons examinée, il n'y a donc pas place pour la règle *minor restituitur non tamquam minor sed tamquam laesus* ou, plus exactement, il n'y a pas place pour elle en tant que sanction de l'inobservation des formalités légales.

2^o ACTES RÉGULIERS EN LA FORME

Plaçons-nous maintenant en face de ces mêmes actes régulièrement accomplis, ou encore en face des actes qui ne sont pas soumis à formalités.

Ces actes ont pu être accomplis soit par celui qui était régulièrement chargé de les accomplir, c'est-à-dire par le tuteur — ou par le mineur émancipé —, soit, au mépris de son incapacité légale, par le mineur non émancipé.

Nous allons examiner ces différentes hypothèses en les divisant en deux groupes : nous traiterons d'abord des actes soumis à formalités et régulièrement accomplis; ensuite, des actes courants que la loi n'assujettit à aucune condition de forme.

A. — ACTES SOUMIS A FORMALITÉS
ET RÉGULIÈREMENT ACCOMPLIS.

Une vente d'immeuble, un partage, une acceptation de succession sous bénéfice d'inventaire, plus généralement un acte quelconque soumis à formalités a été régulièrement accompli par un mineur émancipé ou par un tuteur pour un mineur non émancipé. Cet acte est régulier en la forme : il ne peut donc être attaqué par la voie de la nullité. Mais cet acte est préjudiciable au mineur, il renferme une lésion : correct dans sa forme juridique, il a pour le mineur des conséquences économiques déplorables, il peut consommer sa ruine.

Le mineur sans doute n'est pas absolument désarmé. Son tuteur, qui l'a représenté, est responsable vis-à-vis de lui des conséquences de sa mauvaise gestion (art. 450 C. civ.). Le curateur qui l'a assisté est lui-même responsable, au moins de son dol et de sa faute grave, et, dans certaines hypothèses (1), de toute faute aux termes des articles 1382 et 1383 Code civil. Mais c'est là une garantie souvent illusoire et qui, en tout cas, ne peut faire rentrer dans le patrimoine du mineur qu'une somme d'argent, alors qu'il peut avoir été privé d'un de ces bien dont Domat disait qu'« il lui est plus utile de

(1) Par exemple, dans le cas où, contrairement à l'art. 182, il n'a pas surveillé l'emploi d'un capital reçu par le mineur émancipé. V. dans ce sens Aubry et Rau, 4^e édit., t. I, p. 547.

(les) conserver que d'en r'avoir le prix ». Aussi notre ancien droit admettait-il, à titre subsidiaire, dans l'hypothèse qui nous occupe, l'emploi de la rescision.

Quelle est sur ce point notre législation moderne?

Pour le déterminer, il nous faut d'abord éliminer quelques hypothèses où la solution est certaine et où la rescision ne saurait être admise. Telles sont d'abord l'aliénation d'immeubles et le partage de succession où les mineurs sont « lorsque les formalités ont été remplies, comme s'ils les avaient faits en majorité. » C'est la solution de l'article 1314 que les articles 466 et 840 avaient déjà exprimée pour le cas particulier du partage, et l'article 463 pour les donations régulièrement acceptées. La même solution a été admise par la jurisprudence (1) en ce qui concerne une transaction régulièrement faite pour un mineur par son tuteur. Elle la justifie en faisant appel à l'article 2052 Code civil qui donne aux transactions entre parties l'autorité de la chose jugée et décide, sans aucune distinction, qu'elles ne pourront être attaquées ni pour cause d'erreur de droit ni pour cause de lésion. La solution est indiscutable lorsque l'on rapproche l'article 2052 de l'article 2045 qui rappelle formellement les règles spéciales que l'article 467 impose pour les transactions qui intéressent le mineur. Pour ne pas avoir été édic-

(1) Alger 17 mars 1874, S. 75.2.52. *Jurisprudence générale Daloz, Supp.* v^o *Minorité*, 348.

tée dans l'article 1314, l'exclusion de la rescision en ce qui concerne la transaction n'en est pas moins établie, et c'est là une solution unanimement acceptée par la doctrine.

La question qui se pose est celle de savoir si la solution formulée par les textes pour certains cas particuliers, est une solution générale ou si elle doit être limitée aux hypothèses explicitement visées.

En faveur du caractère exceptionnel, des arguments très sérieux peuvent être invoqués. On peut remarquer d'abord — et avec pleine raison — que le droit romain et notre ancien droit ont toujours admis dans ce cas l'emploi de la rescision ; que, jaloux d'assurer au mineur une complète protection dans des actes particulièrement graves pour lui, ils lui ont accordé la garantie de formalités spéciales sans exclure la protection commune de la règle *minor restituitur* ; qu'enfin la tendance qui a voulu exclure contractuellement au moins dans ce cas l'emploi de la rescision n'a pu triompher chez nous, et que la pratique des renonciations au privilège de minorité a subi dans notre ancien droit un complet échec. On peut continuer en appliquant à l'article 1314 — et aux autres textes que nous avons cités — l'adage fameux : qui de uno dicit, de altero negat. Les textes excluent, pour des actes spéciaux, l'emploi de la rescision : s'ils l'excluent pour ces actes spéciaux, c'est qu'elle est admise en règle générale ; car, quelle serait l'utilité de

textes spéciaux s'ils ne faisaient que répéter dans des hypothèses particulières une règle admise en toute hypothèse? Et l'argument prend plus de force lorsqu'on rapproche l'article 1305 de l'article 1314 : « La simple lésion donne lieu à la rescision en faveur du mineur contre toutes sortes de conventions », dit le premier; l'accomplissement des formalités légales dans les aliénations immobilières et les partages assimile les mineurs aux majeurs, dit le second. Le caractère déroatoire du second texte est clair; et, comme toute dérogation, comme toute exception, celle-ci doit être limitée à ses termes précis. On achève la discussion en situant la solution soutenue dans une explication d'ensemble du rôle de la rescision appliquée aux actes des mineurs. Ce que le prêteur a eu en vue lorsqu'il promet la rescision au mineur, ce que nos anciens Parlements ont voulu, ce que veut encore notre législation moderne, ce n'est pas — but théorique et abstrait imaginé par la suite — sanctionner l'incapacité du mineur, c'est de le protéger contre la lésion dont il est menacé. Et ceci est tellement vrai que les Romains ont créé la rescision pour le pubère qui n'était pas un incapable, et qu'ils l'ont appliquée aux actes que le pubère ne faisait pas seul. Partout où le mineur a été lésé, la protection de la loi est nécessaire; partout où elle est nécessaire, elle a toujours été admise. La loi — et il faut l'en louer — a le souci pratique de protéger le mineur contre tout dom-

mage, plus qu'elle n'a le souci théorique de sanctionner son incapacité. L'insuffisance de la volonté du mineur ne l'intéresse que d'une façon secondaire : nous en avons une preuve péremptoire dans les termes mêmes de l'adage *minor restituitur non tamquam minor* — non parce que sa volonté est insuffisante — *sed tamquam laesus* — parce que son patrimoine a subi une atteinte. De ces arguments, on conclut à l'admissibilité — sauf les exceptions citées — de l'action en rescision.

Ce système a été parfois admis par la jurisprudence et nous en pouvons signaler dans un arrêt de la Chambre des Requêtes l'expression fort nette. Il s'agissait de la succession qu'une mère tutrice avait acceptée sous bénéfice d'inventaire pour ses enfants mineurs ; s'apercevant de la complète insolvabilité du de cujus et des difficultés et ennuis de toute sorte auxquels l'acceptation bénéficiaire soumettait ses enfants, la tutrice voulut par la suite les faire restituer contre une acceptation désavantageuse pour eux et à laquelle elle prétendait avoir été induite par des manœuvres dolosives. Les défendeurs lui opposaient — opposaient aux mineurs représentés par elle — que seul le « majeur » peut, aux termes de l'article 783 et dans le cas où cette acceptation a été la suite d'un dol pratiqué envers lui, attaquer l'acceptation qu'il a faite d'une succession. La Cour de Rennes ayant adjugé à la mère tutrice ses conclusions, les défendeurs

se pourvurent — entre autres motifs — sur la violation de l'article 783 Code civil. La Chambre des Requêtes, par un arrêt du 5 décembre 1838 (1), rejeta ce pourvoi par des motifs dont il nous faut extraire le passage suivant : « Attendu que l'article 783 Code civil autorise le majeur à attaquer l'acceptation qu'il a faite d'une succession, lorsque cette acceptation a été la suite d'un dol pratiqué envers lui; — que, si cet article ne parle que du majeur, c'est que lui seul, pour être relevé de l'acceptation d'une succession, est tenu de prouver que cette acceptation est le résultat d'un dol, tandis qu'il suffit au mineur d'établir qu'il est lésé; — qu'en effet, d'après l'article 1305, Code civil, la simple lésion donne lieu, en faveur du mineur, à la rescision contre toutes sortes de conventions; — que la rescision admise en faveur du mineur, dans tous les cas où il y a lésion, doit l'être nécessairement, et à plus forte raison, dans le cas prévu par l'article 783, c'est-à-dire si la lésion est la suite d'un dol... »

On ne pouvait exprimer d'une façon plus précise l'idée que la règle de l'article 1305 s'applique à tous les actes qui touchent le patrimoine et même à ceux, tels que l'acceptation bénéficiaire d'une succession, que la loi a soumis à des conditions de forme.

Mais cet arrêt est resté isolé et il suscite, en effet, les critiques les plus décisives. Déjà nos anciens auteurs

(1) Cass. Req., 5 décembre 1838, S. 38.1.945.

s'étaient élevés avec force contre cet excès de protection accordé au mineur et qui ne laissait guère aux tiers qui contractaient avec lui qu'un seul moyen d'assurer leur tranquillité : celui « d'acheter l'héritage plus qu'il ne vaut » (1).

Et il faut remarquer qu'en fait l'admission de la rescision dans les actes soumis à formalités est dangereuse à la fois pour les tiers et pour les mineurs eux-mêmes. Dangereuse pour les tiers, dont la situation est vraiment intolérable dans un pareil système, puisque, malgré l'autorisation du conseil de famille, malgré l'homologation du tribunal, ils pourraient encore se voir opposer 10, 15, 20 ans, 30 ans peut-être après la passation de l'acte, la lésion subie par le mineur et provenant du fait que l'argent emprunté pour lui ne lui aurait pas profité ou que l'hypothèque consentie en son nom aurait causé sa ruine. Dangereuse, ou mieux désastreuse pour les mineurs eux-mêmes, qui ne sauraient trouver dans ces conditions aucun tiers assez imprudent pour traiter avec eux ou leurs représentants, aucun prêteur notamment disposé à leur consentir la moindre avance, à moins de leur faire payer — par des conventions usuraires — les risques du contrat.

Aussi bien, les arguments de texte que nous avons exposés sont-ils loin d'être indiscutables. Sans doute, le Code n'a visé explicitement que des hypothèses parti-

(1) V. Henrys, cité *supra*.

culières; l'aliénation d'immeubles, le partage, la donation, la transaction. Mais ne sont-ce pas là les actes les plus importants parmi ceux qui sont soumis à formalités? N'est-ce pas précisément l'aliénation immobilière qui est le cas-type de ces actes? N'est-ce pas à propos d'elle que nos anciens auteurs ont fait entendre leurs critiques? N'est-ce pas enfin en parlant de l'aliénation immobilière que les formalités se sont peu à peu étendues dans notre ancien droit aux autres actes envisagés comme impliquant ou préparant l'aliénation? Et dès lors, ne faut-il pas considérer que c'est une règle générale que le Code a formulée à l'occasion des hypothèses les plus graves et que les autres actes — tels que l'hypothèque, les actions immobilières, l'acquiescement en matière immobilière, la demande en partage, qui aboutissent tous en définitive ou peuvent aboutir à une aliénation ou à un partage — y sont implicitement compris?

Restent l'acceptation de succession et l'emprunt. Ne peut-on pas penser que la restitution pour lésion d'une acceptation d'hérédité est une hypothèse qui a pu paraître aux auteurs du Code une hypothèse difficilement réalisable, et qu'ayant exprimé une règle, générale dans leur pensée, ils n'aient pas même songé à cette hypothèse particulière? Remarquons — et l'observation nous paraît intéressante — que c'est précisément comme un moyen d'écarter la présomption de lésion qui atteignait l'acceptation pure et simple

d'une succession (1) que notre ancienne jurisprudence analysait l'obligation imposée au mineur d'accepter sous bénéfice d'inventaire. Or, avec cette modalité, il est bien rare qu'en réalité l'acceptation d'une succession puisse être pour le mineur une cause de lésion. Enfin, en ce qui concerne l'emprunt régulièrement autorisé en vue de besoins déterminés et vraiment pressants du mineur, besoins spécifiés par le tuteur, vérifiés par le conseil de famille et affirmés encore au tribunal sollicité d'émettre son approbation, combien il serait difficile au mineur demandeur en rescision de prouver la lésion !

Et s'il est encore nécessaire, pour achever la réfutation du système adopté par l'arrêt de 1838, d'insister sur notre démonstration, est-on bien sûr que l'argument tiré de la fonction de la rescision ne se laisse pas vaincre ? Sans doute, la rescision a sa place partout où il y a lésion, et l'adoption de formalités spéciales prescrites par les Constitutions impériales n'avait pas pour objet d'en dépouiller le mineur. Mais ces considérations historiques doivent-elles vraiment tenir indéfiniment en échec les exigences impérieuses de la vie juridique ? Faut-il, sous prétexte qu'elles n'ont pas eu ce but, refuser de voir qu'en fait les formalités adoptées sont pour le mineur la plus réelle, la plus efficace, la plus complète des protections, quelles écartent presque toujours la possibilité même d'une lésion et que l'ab-

(1) V. Henrys, L. IV, chap. 1, quest. I.

sence d'une jurisprudence abondante sur la matière est la preuve la plus concluante de l'extrême rareté des actes de cette nature dont les pupilles ou les mineurs émancipés auraient à se plaindre? Et alors pourquoi, en vertu d'une tradition dont l'inutilité paraît certaine, et pour le cas plus qu'exceptionnel où le mineur pourrait démontrer une lésion, garderions-nous dans les actes soumis à formalités et régulièrement accomplis par le tuteur ou le mineur émancipé une place théorique à la rescision qui, presque jamais utile, serait de nature seulement à effrayer et à détourner de traiter avec le mineur les tiers honnêtes et de bonne foi?

Nous sommes donc amené à approuver pleinement la règle à laquelle paraît bien s'être ralliée la pratique moderne et qui, généralisant l'article 1314, écarte dans les actes dont nous venons de nous occuper, la règle traditionnelle de la rescision.

En examinant la question de l'admissibilité de la rescision pour lésion contre les actes soumis à formalités et régulièrement accomplis, nous n'avons pas eu à nous occuper du cas où l'acte aurait été fait par un mineur non émancipé. C'est qu'alors, en effet, nous ne saurions être en présence d'un acte régulier en la forme et que la pratique n'offre pas d'exemple d'un mineur qui, après avoir fait remplir par son tuteur les formalités légales, aurait ensuite procédé seul et par lui-même à une aliénation ou à un emprunt.

Mais il est une hypothèse particulière où le mineur même non émancipé est appelé à contracter lui-même et dont il nous faut maintenant nous occuper : c'est l'hypothèse du contrat de mariage.

Nous avons déjà rencontré cette hypothèse lorsque nous avons déterminé la sanction de l'inobservation des formes dans les actes soumis à formalités, et nous avons dit à ce moment que les formes consistent ici dans l'assistance du mineur, habile à passer ses conventions matrimoniales, par ceux dont le consentement est requis pour son mariage. Nous supposons maintenant que ces formalités ont été respectées et nous examinons la question de savoir si, en cas de lésion, le contrat de mariage régulier en la forme, pourra être attaqué par le moyen de la rescision.

La solution est inscrite dans l'article 1309 Code civil : « Le mineur n'est point restituable contre les conventions portées dans son contrat de mariage lorsqu'elles ont été faites avec le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement est requis pour la validité de son mariage ». Telle était déjà, dans ses grandes lignes, la règle admise dans notre ancien droit (1). Son utilité est aussi incontestable en ce qui touche le contrat de mariage régulièrement passé par le mineur qu'en ce qui touche les actes soumis à formalités et passés par son tuteur. La solution de l'article 1309 est indispensable à la sécurité des

(1) Bourjon, t. I, p. 597.

tiers et postulé par le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. La jurisprudence n'a eu à s'en occuper que pour interpréter les mots « conventions portées dans son contrat de mariage ». Elle l'a fait en établissant une distinction entre les conventions qui ont trait au mariage, celles qui ont pour but ou pour résultat de régler l'association conjugale et les droits des époux, l'un à l'égard de l'autre, et celles qui, quoique introduites dans le contrat, lui sont étrangères en réalité. Un arrêt (1) précise la distinction en faisant remarquer qu'on ne saurait admettre que, dans le contrat de mariage, le futur époux mineur pût contracter avec des tiers et placer ainsi sous la protection de l'article 1309 toutes sortes de conventions qu'il ferait pénétrer frauduleusement dans le cadre des conventions matrimoniales. C'est ce qu'indique l'article 1398 lorsqu'il parle des « conventions dont ce contrat est susceptible ».

La Chambre civile (2) a sanctionné cette jurisprudence en admettant la rescision contre les conventions qui, « étrangères à la formation ou au règlement de l'association conjugale, tendent à imposer aux futurs époux, ou à l'un d'eux, des charges sans compensations suffisantes ». C'est là une solution inspirée

(1) Riom, 11 juillet 1864, S. 64.2.161, et sous Cass. S. 68.1.121 et D. 67.1.476.

(2) Cass. civ. 10 décembre 1867; S. 68.1.121; D. 67.1.476; Cass. civ. 23 février 1869; S. 69.1.193; Cass. civ. 11 décembre 1882; S. 83.1.411 et D. 83.1 132.

par un sage réalisme et contre laquelle ne saurait prévaloir une interprétation littérale, et quelque peu judaïque, du texte même de l'article 1309. Elle revient à refuser pour les conventions étrangères, au fond, au contrat de mariage quoique incorporées dans ce contrat, l'application du principe exceptionnel de l'article 1309, et à les soumettre au droit commun.

C'est ce droit commun que nous allons maintenant examiner.

B. — ACTES NON SOUMIS A FORMALITÉS ET DONT
L'ACCOMPLISSEMENT ENTRE DANS LES POUVOIRS
NORMAUX DU TUTEUR

Nous le ferons en envisageant tour à tour le cas où ces actes ont été accomplis par le tuteur lui-même ou exceptionnellement par le mineur assisté, et le cas où ils l'ont été par le mineur seul.

Rappelons que la jurisprudence des Parlements admettait la rescision contre tous les actes concernant le patrimoine du mineur non émancipé, que ces actes fussent le fait du mineur lui-même ou le fait de son tuteur. Telles étaient, sur ce point, les traditions romaines auxquelles notre ancien droit admit, au XVIII^e siècle, une dérogation unique en ce qui touche les actes de pure administration accomplis par le tuteur.

C'est dire que la restitution fonctionnait d'une part contre les actes du tuteur — ou du mineur assisté — qui dépassaient la simple administration, d'autre

part, contre tous les actes accomplis par le mineur lui-même.

§ 1^{er}. — Quelle est aujourd'hui la situation? A cette question, on a voulu, en ce qui concerne le tuteur, trouver la réponse dans l'article 1305 Code civil : « La simple lésion donne lieu à la rescision en faveur du mineur non émancipé contre toutes sortes de conventions ». Ce texte, a-t-on dit, ne peut viser que les actes faits pour le mineur par son tuteur : le mineur, en effet, est un incapable; il ne peut exercer lui-même les actes de la vie juridique; c'est donc là une hypothèse que le Code n'a pu prévoir, ou plutôt qu'il n'a prévue que pour l'interdire à peine de nullité dans ses articles 1124 et 1125. En tout cas, fait-on observer dans le sens de l'admissibilité de la rescision, notre droit moderne n'a pu vouloir abolir sur ce point, puisqu'il ne s'en est pas expliqué dans une disposition formelle, une règle que la tradition romaine avait léguée à notre ancien droit et que nos praticiens n'avaient cessé d'employer.

Il semble que ces raisons n'aient pas été sans influencer quelque peu la jurisprudence et l'on trouve exprimée dans de très rares décisions de la Cour suprême l'idée que la rescision peut être obtenue contre les actes lésionnaires des tuteurs. Nous avons cité déjà les attendus curieux d'un arrêt de la Chambre des Requêtes du 5 décembre 1838 où la rescision est admise contre toutes sortes de conventions et

précisément contre une convention — soumise à formalités, il est vrai — passée par le tuteur d'un incapable. Nous pouvons citer dans le même sens un attendu, beaucoup moins nettement rédigé, d'un arrêt du 24 avril 1861 (1) rendu par la Chambre des Requêtes dans le cas d'un acte non soumis à formalités et passé par un mineur assisté de son tuteur.

Mais il est certain que jamais la Cour de Cassation n'a formellement sanctionné le système de la rescision pour les actes du tuteur et que, d'une façon générale, la jurisprudence (2) n'incline pas vers cette solution.

Nous aboutissons donc à un système homogène : la doctrine admise par les arrêts est la même pour les actes du tuteur non soumis à formalités que pour les actes soumis à formalités. La jurisprudence ne s'est pas laissé arrêter par le fait que le mineur n'est plus protégé ici par l'observation des formes légales et qu'il n'a d'autre garantie que celle qui lui vient de la bonne foi, de la loyauté et de la sagesse expérimentée de son tuteur. Elle a pensé que ce serait faire aux tiers, lorsqu'ils ont traité loyalement avec le représentant

(1) Cass. Req. 24 avril 1861, S. 61.1.625, D.61.1.256. Cet arrêt, après avoir remarqué « qu'en admettant que l'action en rescision pour cause de lésion soit ouverte au mineur dans une semblable hypothèse » (mineur qui a traité avec l'assistance du tuteur); ajoute : « l'arrêt n'en serait pas moins inattaquable » faute de lésion.

(2) V. contre l'admissibilité de la rescision un arrêt très fortement motivé de la Cour de Caen, 19 novembre 1844, S. 45.2.365 (*contra* Paris, 1^{er} mars 1877, D. 78.2.108).

légal du mineur, une situation intolérable que de les laisser exposés pendant de longues années à la possibilité de réclamations de la part du mineur. Elle a estimé que la rescision faite pour son avantage se retournerait contre lui dans la réalité et ruinerait son crédit. Nous ne pouvons croire qu'elle se soit trompée. Nous savons en tout cas que la jurisprudence moderne s'est inspirée sur ce point de la tradition de nos Parlements qui avaient éprouvé déjà les inconvénients d'un emploi trop large de la rescision et l'avaient éliminée — rappelons-le — pour les actes d'administration du tuteur où elle était la source de trop évidentes difficultés

Si nous trouvons sages et bonnes les solutions admises par la jurisprudence et si nous croyons qu'elle a réalisé un progrès nécessaire en excluant, dans l'hypothèse qui nous occupe, l'emploi de la rescision, nous ne voulons pas nier cependant certains griefs que l'on pourrait — ou plutôt que l'on aurait pu — faire naguère au système des arrêts. C'est qu'en effet, à côté des actes d'administration, il est deux autres séries d'actes importants que, dans le régime du Code, le tuteur avait le pouvoir de faire librement : les aliénations mobilières et les placements de capitaux. Contre de pareils actes, la rescision aurait offert parfois au mineur un minimum de protection : il aurait pu faire rescinder une vente ou un achat de valeurs mobilières — ou même lorsqu'il s'agit de

titres nominatifs —, il aurait pu faire annuler un achat d'immeuble lésionnaire pour lui. Il l'aurait pu sous l'ancien droit, il ne le pouvait plus avec la jurisprudence moderne; et il ne lui restait que son recours éventuel — souvent illusoire — contre son tuteur.

Or, cette modification de la jurisprudence coïncidait précisément avec la disparition de quelques règles traditionnelles dont le mineur tirait profit, et avec une transformation profonde des conditions économiques.

Nous avons dit que dans notre ancien droit la catégorie la plus importante des placements mobiliers alors en usage, les rentes mobilières, étaient traitées — et cela est certain lorsque le crédentier était un mineur — comme des immeubles, et que, par conséquent leur aliénation était soumise aux règles qui régissaient les aliénations immobilières. Il n'en était plus de même sous le régime du Code (art. 529, al. 2) et le tuteur pouvait, en sa qualité de représentant légal, aliéner à son gré, sans observer aucune formalité restrictive, les valeurs mobilières qu'il trouvait dans le patrimoine de son pupille.

Le changement était d'autant plus important qu'il allait être suivi très rapidement d'une radicale transformation de la composition des fortunes où la place prépondérante, occupée jusqu'alors par les immeubles, allait être prise par les valeurs mobilières. Quel-

ques chiffres suffisent à mettre en relief cette évolution : à la veille de la Révolution, les valeurs négociées à la Bourse de Paris étaient au nombre de 17, le tout pour une valeur de 200 à 300 millions ; les valeurs cotées aujourd'hui sont au nombre de plus d'un millier, et le montant des transactions annuelles dépasse 100 milliards(1). Un fait permet de l'illustrer : c'est la hâte des grands financiers de l'Ancien régime à devenir propriétaires terriens. « Chose curieuse, écrit M. Stourm, leur grande fortune acquise dans les spéculations mobilières finissait pas se transformer, pour une notable partie, en terres ou maisons, châteaux et domaines » (2). Quels seraient aujourd'hui les propriétaires de valeurs assez peu éclairés pour placer en immeubles la majeure partie de leur fortune ? Une observation enfin met en pleine lumière l'état d'esprit du législateur révolutionnaire : la Constituante fixait à 300 millions l'impôt foncier ; elle fixait à 60 millions le produit de la contribution mobilière.

La mentalité du législateur n'avait pas changé en 1803, et les faits n'avaient pas eu encore le temps de l'éclairer. Cela explique l'importance primordiale que le Code a attachée aux biens fonciers et les formalités dont il a entouré leur aliénation, tandis qu'il

(1) V. Stourm, *Systèmes généraux d'impôts*, édit. 1905, p. 335.

(2) Stourm, *loc. cit.*, V. à ce propos un arrêt du Parlement de Paris du 11 juin 1720. *J. Aud.*, t. VII, pp. 396 et suiv., où il est question, comme acquéreurs de grands domaines, de ces acquéreurs des biens : « C'étaient des hommes nouveaux chargés de la haine publique. »

laissait pleine liberté au tuteur en ce qui concerne les valeurs mobilières. Mais les changements économiques expliquent de leur côté que cette liberté ait paru intolérable et que la jurisprudence ait tenté parfois de la restreindre, en contestant au tuteur le droit d'aliéner les biens mobiliers de son mineur.

C'était pourtant une doctrine bien difficile à concilier avec l'interprétation fort large que la Cour de Cassation a toujours donnée de l'article 450, alinéa 1^{er} Code civil. Si l'on admet, en effet — et tel est le système des arrêts, — que le tuteur tient de la loi un pouvoir général de représentation du mineur, si l'on refuse de considérer les formes auxquelles est parfois subordonnée son action comme destinées à lui conférer, pour des actes particulièrement graves, un mandat qu'il n'aurait de plein droit que pour les seuls actes d'administration, il faut bien lui accorder le pouvoir de disposer des valeurs mobilières à titre onéreux : ce que la loi ne lui défend pas lui est permis, et nulle part, elle ne lui défend d'aliéner ses meubles, ni ne subordonne cette aliénation à une autorisation quelconque. Au reste, les textes écrits pour certaines hypothèses particulières fournissent dans ce sens un argument *a contrario* qui tranche le débat et qui a forcé l'assentiment de la Chambre civile : ce sont la loi du 24 mars 1806 et le décret du 25 septembre 1813. Ils interdisent au tuteur et au mineur émancipé d'aliéner sans l'autorisation préalable du conseil de famille

une inscription de rente d'un revenu supérieur à 50 francs ou plus d'une action de la Banque de France. Ces dispositions seraient évidemment inutiles si, de droit commun, les pouvoirs du tuteur ne s'étendaient à l'aliénation des meubles incorporels. C'est ce qu'a reconnu la Chambre civile dans deux arrêts du 3 février et du 4 août 1873 (1).

Ces arrêts eurent un retentissement considérable et provoquèrent le vote de la loi du 27 février 1880 qui a limité les pouvoirs du tuteur et du mineur émancipé — en ce qui concerne l'aliénation des valeurs mobilières et — hypothèse inséparable de la première — en ce qui concerne la conversion de titres nominatifs en titres au porteur plus facilement aliénables. Nous n'avons pas à entrer ici dans le détail de cette législation qui, dans ses grands traits, étend aux valeurs mobilières les garanties traditionnellement admises pour les immeubles et sanctionnent par la nullité l'inobservation de ces garanties.

Une des lacunes que nous avons signalées dans le système du Code est ainsi comblée : les aliénations mobilières ne sauraient donner ouverture à rescision, mais elles sont soumises à formalités. Aliénations mobilières et aliénations immobilières sont traitées d'identique façon (2).

(1) Cass. civ. 3 février 1873, S. 73.1.61; Cass. civ. 4 août 1873; S. 73.1.441, D. 75.5.468.

(2) Rappelons que nous ne traitons ici que du mineur non émancipé.

Reste la seconde lacune, celle qui concerne le placement des capitaux du mineur.

Le Code avait imposé au tuteur (art. 455), l'obligation de faire emploi des économies réalisées sur les revenus du mineur. La jurisprudence, interprétant avec sagesse l'article 455, avait étendu cette obligation aux capitaux. Mais ce principe posé, aucune règle ne venait limiter les pouvoirs du tuteur : il achetait des immeubles ou des valeurs, des titres nominatifs ou des titres au porteur, des valeurs de placement ou des valeurs de spéculation, sans que personne n'ait à apprécier et à approuver son choix. Le placement des capitaux entraînait dans le pouvoir du tuteur : c'est un acte qui pouvait engager sa responsabilité en vertu de l'article 450, ce n'était pas un acte soumis à formalités. Il fallait — dans le régime du Code civil — pour que les placements faits au nom du mineur soient entourés de garanties sérieuses, que le capital à placer provienne d'une vente d'immeubles : le conseil de famille en approuvant la vente avait pu alors indiquer, s'il y avait lieu, le placement à faire du prix (art. 457, dernier alinéa).

Ici encore, tout au moins dans le système de la jurisprudence (1), la loi de 1880 a amélioré la situa-

(1) Cette jurisprudence est aujourd'hui fermement établie. Consulter notamment Paris 21 mai 1884 et 13 janvier 1885, D. 85.2.177, S. 85.2.87; Tribunal de Montpellier 27 juillet 1901, S. 02.2.21; Rennes 1^{re} Chambre, 9 février 1904, S. 04.2.263; Toulouse, 1^{re} Chambre, 19 mars 1906, S. 06.2.95; Les motifs de l'arrêt de Rennes apportent aux réserves qui a soulevées cette jurisprudence une excellente réponse.

tion du mineur. L'article 6 de cette loi, non content de ratifier une jurisprudence établie et de proclamer l'obligation pour le tuteur de faire emploi des capitaux, a soumis cet emploi aux mêmes formalités préalables que la vente des meubles incorporels et a imposé au tuteur, dans le cas où cet emploi est fait en valeurs mobilières, l'achat de titres nominatifs. Ce système qui s'inspire d'une interprétation littérale et fort judicieuse des termes de l'article 6, a pour le mineur des conséquences fort heureuses puisqu'il rend plus difficiles, grâce à la nullité des emplois irréguliers, les spéculations auxquelles se livraient trop souvent des tuteurs sans scrupules et qu'il procure aux pupilles la sécurité de placements plus sévèrement contrôlés. Les inconvénients du système nous paraissent de peu de poids auprès de ces bienfaits : il vaut mieux que par suite des lenteurs que peut occasionner l'accomplissement des formalités, le mineur perde la chance d'acheter au moment opportun une valeur d'avenir, si par là il évite le risque d'acheter une valeur mauvaise. C'est d'abord de la conservation du patrimoine des incapables que la loi doit se préoccuper. Il n'est pas sûr, au reste, que les lenteurs dont on se plaint soient inévitables, ni même que les frais ne puissent être diminués dans une large mesure puisqu'il suffirait, pour que la loi soit observée, que le conseil de famille se réunisse une seule fois au moment de sa constitution et trace alors au tuteur

l'emploi qu'il devra faire des capitaux du pupille (1).

Quoiqu'il en soit, nous pouvons constater, que depuis la loi de 1880, le mineur est protégé dans une large mesure contre les mauvais placements que son tuteur pourrait faire de ses capitaux : il ne peut sans doute les faire rescinder comme lésionnaires; il peut, par contre, en faire prononcer la nullité s'ils ont été faits sans l'observation des formalités légales.

Si maintenant nous considérons dans son ensemble la catégorie des actes soumis à formalités accomplis par le tuteur — ou par le mineur assisté, — et si nous comparons le sort de ces actes dans notre jurisprudence moderne à ce qu'il a été dans notre ancien droit, nous pouvons faire cette constatation assez curieuse : c'est que les changements survenus sont plus apparents que réels, et que sous des modifications très visibles, les choses ne sont pas très différentes de ce qu'elles étaient au xviii^e siècle.

Il y a des modifications très visibles, et les voici : la rescision, admise par nos anciens Parlements contre les actes du tuteur qui dépassent la simple administration, a cessé d'être admise par la jurisprudence moderne. Mais il y a des similitudes très réelles : les formalités qui entourent au xviii^e siècle l'aliénation des rentes foncières ont été reprises — au moins dans leur essence — par la loi de 1880, et étendues à tous les meubles incorporels; l'avis des parents qui devait

(1) Sic, Rennes, 9 février 1904.

être pris par le tuteur pour faire emploi des deniers de son pupille, a été remplacé par les mêmes formalités que pour les aliénations. Sur ce dernier point cependant, le mineur est mieux traité aujourd'hui qu'au xviii^e siècle : l'absence d'avis des parents laissait le tuteur débiteur de la somme irrégulièrement employée; l'omission des formalités prescrites par la loi de 1880 a pour sanction la nullité.

D'une façon générale, la protection du mineur est aujourd'hui mieux assurée vis-à-vis des actes du tuteur que par le passé; mais elle l'est autrement. La législation moderne subordonne les actes importants du tuteur à des formalités préalables, rigoureusement sanctionnées par la nullité; elle abandonne en cette matière l'emploi de la rescision bien malaisément conciliable avec les pouvoirs du tuteur représentant légal, et qui est dangereux pour les tiers, dangereux aussi pour le mineur lui-même.

§ 2. — La règle *minor restituitur* est étrangère aujourd'hui aux actes accomplis par le tuteur : elle a cessé d'être pour le mineur un moyen de protection contre la mauvaise gestion de son représentant légal. A-t-elle conservé son rôle de sanction de l'incapacité du mineur? Les actes passés par le mineur — et non soumis à formalités — restent-ils, dans notre droit moderne, rescindables pour lésion, ou sont-ils nuls de nullité relative?

La question est d'importance. C'est qu'en effet, de

droit commun; les actes des incapables doivent être annulés du moment où il est prouvé que l'acte attaqué a été accompli en temps d'incapacité. Telle est la règle admise en ce qui concerne les femmes mariées et les interdits : lorsqu'ils ont prouvé leur incapacité, ils ont apporté toute la preuve qui leur incombe. Le mineur, au contraire, si ses actes sont simplement rescindables, devra rapporter une preuve supplémentaire : il devra rendre compte de l'intérêt qu'il a à agir, il devra prouver le préjudice. Et voilà une première distinction à marquer entre l'action en nullité et l'action en rescision. En voici une seconde : l'intérêt dont argue le mineur ne pourra pas être un intérêt quelconque. Il ne suffit pas que l'acte attaqué ait été pour lui l'occasion d'un préjudice quelconque, il faut qu'il ait été la cause d'une lésion. Le mineur a acheté au juste prix un cheval qui est mort le lendemain; il n'y a là qu'un préjudice. Il a payé trop cher un cheval qu'on lui a vendu; il a subi une lésion. Le préjudice n'est pas une suite directe et prévisible de l'opération à laquelle le mineur s'est livré au mépris de son incapacité; la lésion en est inséparable. Le plus souvent un lien de cause à effet rattache l'acte juridique à la lésion. Encore faut-il observer que ce n'est pas là une condition nécessaire, et que le sens du mot lésion est moins étroit dans notre hypothèse que lorsqu'il s'agit des majeurs : tout préjudice, survenu à la suite d'un acte juridique, permettra la demande en rescision.

sion s'il ne résulte point d'un événement casuel et imprévu (1). C'est cependant un élément de plus qu'il incombera au mineur de prouver, et nous devons le noter.

On a pu trouver encore d'autres intérêts à distinguer l'action en rescision de l'action en nullité. Le mineur qui agit en rescision, a-t-on prétendu, peut être repoussé dans sa demande par l'offre de son cocontractant de réparer le préjudice causé, alors qu'il ne saurait en être de même dans le cas de l'action en nullité. Les articles 891 et 1681 Code civil, écrits pour le cas du partage et de la vente renfermant une lésion, formuleraient une règle générale qui s'appliquerait également aux actes lésionnaires des mineurs. Cette doctrine nous semble difficile à admettre : des deux textes écrits pour des hypothèses spéciales, on ne peut tirer une règle générale. De plus, le système ne serait pas sans de sérieux inconvénients pour la pratique, puisqu'il obligerait les juges à fixer le quantum de préjudice — et on sait combien, même pour les ventes d'immeubles, cette fixation est malaisée. Il faut noter, d'ailleurs, que la jurisprudence ne paraît pas avoir eu à se prononcer sur cette question.

(1) Nous n'avons pas à retracer ici l'évolution juridique qui, dans notre ancien droit, a donné progressivement un sens plus étroit au mot de « lésion », et dont l'art. 1306 est l'aboutissant. Il n'y a là d'ailleurs qu'un épisode de la lutte si curieuse de la pratique contre la prohibition canonique de l'usure.

Si nous repoussons cet intérêt, il en est un autre que nous croyons devoir signaler (1) : selon que l'on applique aux actes du mineur la sanction de la nullité ou celle de la restitution, la question — délicate — de savoir si le mineur peut être interdit changera d'importance et d'aspect. Si les actes des mineurs sont nuls de nullité relative, comme ceux des autres incapables, l'interdiction du mineur furieux, imbécile ou dément, n'aura guère d'intérêt : l'interdiction n'ajoutera rien — ou presque rien — à son incapacité. Tout au plus peut-on signaler que, s'il est interdit, il ne sera pas responsable de ses délits ou de ses quasi-délits à moins qu'on ne prouve à son encontre qu'il a agi dans un intervalle lucide; s'il est mineur, et non interdit, la responsabilité sera la règle. Dans la théorie que nous venons d'indiquer, l'application de l'interdiction au mineur — contrairement à la lettre de l'article 489 Code civil — a surtout de l'intérêt à cause de l'intervalle plus ou moins long qui pourrait exister, sans cela, entre la cessation de la minorité et le prononcé du jugement d'interdiction. Il en va différemment si l'on admet que les actes du mineur sont seulement rescindables pour lésion. L'interdiction modifiera sa situation : ses actes seront nuls, s'il est interdit, sans qu'il ait à prouver aucun préjudice.

(1) V. Metz, 30 août 1823 et Dijon, 24 avril 1830 S. chr.

Nous venons d'indiquer l'intérêt de la question. Disons maintenant comment elle se pose.

On sait quelle était, dans l'ancien droit, la situation du mineur, et que, malgré les formules théoriques employées par les auteurs et qui faisaient de lui un incapable, ses actes n'étaient pas nuls, mais rescindables pour lésion. A lire l'article 1305 Code civil — « la simple lésion donne lieu à la rescision en faveur du mineur non émancipé contre toutes sortes de conventions » — il semble bien que le Code n'ait fait que reprendre la tradition de l'ancien droit. La rescision, exceptionnellement conservée pour les majeurs dans deux hypothèses particulières — la vente d'immeubles et le partage de succession — reste un moyen général de protection du mineur : dans toutes les conventions qu'il passe, elle sanctionne l'équivalence des prestations. Éliminée dans la généralité des cas par le principe moderne de la liberté des conventions, la prohibition canonique des conventions usuraires subsiste lorsqu'il s'agit des mineurs : elle trouve son expression dans l'admissibilité de la rescision. L'article 1305 déroge à l'article 1118 et le complète en même temps. Il y déroge : la lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats, dit l'article 1118 ; l'article 1305 énonce le cas exceptionnel où elle vicie « toutes sortes de conventions ». Il le complète : l'article 1118 annonce que « la lésion vicie les conventions à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera

expliqué»; l'article 1305 précise : ces personnes sont les mineurs.

Le système des auteurs du Code ressort clairement du rapprochement des textes : ils ont voulu — ils l'ont annoncé implicitement en parlant des conditions de validité des conventions, ils l'ont énoncé explicitement dans l'article 1305 — maintenir la règle traditionnelle : *minor restituitur non tamquam minor sed tamquam laesus*. Cette règle si souple, si adaptée aux besoins mouvants de la pratique et si peu gênante dans la réalité des faits avait subi l'épreuve de l'usage : en la renfermant dans une sphère d'application mieux délimitée, le législateur tenait un juste compte des critiques qu'elle avait soulevées, et lui gardait son rôle bienfaisant dans le domaine spécial où elle n'aurait pu être remplacée que par l'institution moins nuancée et toute rigide de la nullité.

On a prétendu cependant que c'est à ce dernier système que le Code se serait rallié. Il aurait fait du mineur un incapable comme les autres — comme l'interdit, comme la femme mariée — et appliqué aux actes faits par lui sans l'assistance de son tuteur la règle de droit commun de la nullité relative. L'article 1124, en effet, en énumérant les incapables, cite les mineurs à côté des interdits et des femmes mariées; il ne distingue pas entre eux : tous sont donc traités de la même façon et les actes des uns et

des autres sont annulables sur la seule preuve de l'incapacité.

La démonstration n'est pas convaincante. On l'a complétée en argumentant de l'article 1311. Cet article décide que « (le mineur) n'est plus recevable à revenir contre l'engagement qu'il avait souscrit en minorité, lorsqu'il l'a ratifié en majorité ». Si donc, a-t-on conclu, le mineur n'a pas ratifié en majorité, il peut toujours revenir contre son engagement : le fait de la minorité prouvé, l'action en nullité est ouverte.

Le raisonnement est fragile et ne résiste pas à une lecture attentive et complète du texte sur lequel on l'édifie. L'article 1311 est à rapprocher de l'article 1304 : à côté de l'accomplissement de la prescription, il indique un second fait, la ratification, qui peut être opposé à l'action du mineur. Il n'a pas pour objet de définir la nature de cette action. Bien mieux, la suite du texte indique que cette action peut être ou une action en nullité pour vice de forme, ou une action en restitution. Nous savons que l'action en nullité pour vice de forme est celle qui sanctionne l'inobservation des formalités légales dans les ventes d'immeubles et dans les autres actes qui lui ont été progressivement assimilés. En parlant d'actes sujets à restitution, l'article ne peut donc viser que les actes non soumis à formalités, ceux que le tuteur peut accomplir seul.

Or, nous avons vu que, lorsqu'ils sont accomplis par le tuteur qui a pouvoir pour les faire, ces actes sont inattaquables : ils ne sont donc pas sujets à restitution. Mais alors, le sens de la distinction écrite dans l'article 1311, le sens de l'article 1305 aussi, ne peut plus être douteux : ces deux textes ne signifient rien, ou ils affirment le maintien dans la législation nouvelle de la jurisprudence séculaire qui, contre les actes du mineur non assisté, admettait la rescision.

Aussi bien faut-il remarquer que les auteurs du Code étaient des praticiens qui avaient « l'usage des affaires » et qui étaient peu enclins, par conséquent, à édifier, à la place d'une institution dont ils avaient expérimenté le fonctionnement et apprécié les services, une institution nouvelle dont le plus grand mérite — et sans doute le seul — eût été d'uniformiser la sanction qui frappe les actes des incapables de toute catégorie. Il suffit d'ailleurs de se reporter aux travaux préparatoires pour se rendre compte de leurs intentions. Bigot de Préameneu notamment, définit très nettement la situation des mineurs et la définit dans le sens traditionnel : « Le résultat de l'incapacité du mineur est de ne pouvoir être lésé, et non de ne pouvoir contracter : *restituitur non tamquam minor sed tamquam laesus*. (1) C'est

(1) « Il résulte de l'incapacité du mineur non émancipé qu'il suffit qu'il éprouve une lésion pour que son action en rescision soit fondée. S'il n'était pas lésé, il n'aurait pas d'intérêt à se pourvoir, et la loi lui serait même préjudiciable, si sous prétexte d'incapacité, un

dans ce sens qu'il faut entendre l'article 1305.

Il reste à le concilier avec l'article 1124, et cela est moins difficile qu'il ne semble au premier abord. L'article 1124 est un texte de droit commun. Il donne la liste des personnes auxquelles la loi refuse le droit de contracter : il n'énonce pas la sanction de cette incapacité. L'article 1125 renferme cette sanction. Encore faut-il en analyser les termes : ils ne sont précis et impératifs qu'en tant qu'ils refusent aux cocontractants des incapables la faculté d'opposer l'incapacité de celui avec qui ils ont traité. Si la sanction de l'article 1124 est la nullité, ce ne peut être qu'une nullité relative. Mais l'article 1125 ne renferme pas le mot de nullité, et la première partie du texte, loin de trancher la question d'une façon absolue et uniforme, annonce des dispositions complémentaires : « Le mineur, l'interdit et la femme mariée ne peuvent attaquer, pour cause d'incapacité, leurs engagements que *dans les conditions prévues par la loi* ». L'article 1305 nous apparaît ainsi comme le complément de l'article 1124 : le mineur pourra

contrat qui lui est avantageux pouvait être annulé. Le résultat de son incapacité est de ne pouvoir être lésé, non de ne pouvoir contracter : « restituitur tamquam laesus, non tamquam minor ». Bigot de Préameneu, Exposé des motifs. — Rapprocher Jaubert (Rapport au Tribunat) : « Il est bien vrai qu'en règle générale, un mineur est déclaré incapable de contracter; mais un mineur peut être capable de discernement : le lien de l'équité naturelle peut se trouver dans un contrat passé par un mineur... Il ne sera pas restitué comme mineur; il pourra l'être comme lésé ». (Locré, *Législ. civ.* t. XII, pp. 391 et 494).

attaquer ses engagements lorsqu'il aura subi une lésion.

Il est une seule façon de répondre à cette démonstration : elle consiste à dire que l'article 1305 est écrit pour les actes faits par le tuteur au nom du mineur. On sait qu'il n'en est rien, et que la rescision est étrange — comme nous l'avons montré — aux actes lésionnaires du tuteur. L'examen des articles 1305 et suivants vient à l'appui de notre thèse et achève de prouver que l'article 1305, c'est-à-dire la règle *minor restituitur*, régit bien les actes du mineur agissant seul. Tous ces articles, en effet, ne peuvent s'appliquer qu'au mineur, et au mineur non assisté. L'article 1307 prévoit la fausse déclaration de majorité faite par le mineur, et lui maintient dans ce cas le bénéfice de la rescision. On ne peut supposer qu'une telle déclaration a été faite en présence du tuteur : cette présence même en serait le plus formel démenti. L'article 1308 traite du mineur commerçant : or, chacun sait que le tuteur ne peut exercer le commerce au nom de son pupille. L'article 1309 refuse au mineur la restitution contre les conventions portées dans son contrat de mariage : mais c'est le mineur lui-même qui contracte dans cette hypothèse, et, en règle, le tuteur n'intervient pas dans cette circonstance. L'article 1310 traite des actes délictueux du mineur, actes personnels s'il en est...

Ces textes sont clairs et formels, la tradition les

éclairer encore ; il est impossible de s'y tromper : le Code civil, en ce qui concerne les actes faits par le mineur au mépris de son incapacité, a conservé les solutions anciennes ; les actes du mineur ne sont pas nuls, ils sont rescindables pour lésion.

Par un arrêt du 18 juin 1844, la Chambre civile de la Cour de Cassation (1) a consacré ce système et a fixé dans ce sens la jurisprudence. L'espèce était curieuse : un mineur, non assisté de son tuteur, avait passé avec un tiers un traité de remplacement militaire. Moyennant une somme fixée à forfait, le tiers avait accepté de courir le risque du tirage au sort. Mais le mineur tira un bon numéro, et refusa de payer la somme convenue sous le prétexte que son engagement était nul comme contracté par un incapable. Les juges du fait le déboutèrent de sa prétention et la Cour de Cassation rejeta son pourvoi. L'arrêt de principe qu'elle rendit se fonde sur les arguments de texte que nous avons exposés. Il invoque également les considérations d'équité et d'intérêt pratique que nous avons indiquées. « Tout ce que la loi a voulu... c'est, non pas que (le mineur) ne pût jamais contracter seul, mais qu'il ne fût pas lésé en contractant ;... s'il en était autrement, si sa qualité de mineur suffisait

(1) S. 44.1.498. Rappr. Toulouse, 13 février 1830, S. 31.2.314; Bastia, 26 mai 1834, S. 35.2.27; Cass. civ. 19 février 1856; S. 56.1.301; D. 56.1.86; Lyon, 8 juin 1865, D. 66.1.53; Dijon, 12 avril 1880, S. 82.2.213; Pau, 18 janvier 1900. *La Loi* 25 juillet 1900; Cass. civ. 13 février 1906, S. 10.1.29.

pour faire annuler, sans distinction, toutes les conventions dans lesquelles le tuteur ne serait pas intervenu, les dispositions par lesquelles la loi a cherché à le protéger lui deviendraient préjudiciables, en interdisant aux tiers la faculté de passer avec lui les traités mêmes dont il pourrait tirer le plus d'avantages... » La jurisprudence de la Cour de Cassation n'a pas varié depuis cette époque; celle des Cours d'appel est dans le même sens, et on ne peut guère citer dans le sens de la nullité relative qu'un arrêt isolé de la Cour de Bastia du 12 juin 1855 (1).

A vrai dire, cette jurisprudence a aujourd'hui moins d'inconvénients que jamais. De tout temps, elle avait l'avantage de laisser au mineur une certaine indépendance, de lui permettre de faire l'apprentissage de la liberté, sans en courir tous les risques. Depuis la loi de 1880 qui soumet à formalités les aliénations de meubles incorporels et les emplois de capitaux, elle n'offre plus aucun danger pour le mineur. Arrivé à un certain âge, il vaque librement aux actes de la vie courante sans se voir opposer son incapacité théorique : il peut louer un appartement, prendre pension, procéder aux menus achats dont il a besoin, traiter avec un entrepreneur pour les réparations de ses immeubles, etc... Les tiers, loyaux et honnêtes, n'ont rien à craindre lorsqu'ils contractent avec lui.

(1) S. 55.2.670.

La rescision n'est une menace que pour ceux qui abusent de l'inexpérience du mineur : elle n'est pas une gêne pour le commerce juridique, tout en constituant une très utile protection du mineur. Plus que son emploi — qui est rare (1) — la possibilité de l'employer garantit le mineur contre les dangers auxquels sa jeunesse l'expose. C'est, en réalité, un instrument excellent, parfaitement adapté à son but.

L'admissibilité de la rescision contre les actes lésionnaires du mineur est la règle. Il nous faut maintenant noter les exceptions.

Elles sont au nombre de deux :

Dans un cas, le mineur ne pourra faire tomber un contrat passé par lui, même en prouvant qu'il a été lésé ; c'est le cas où le mineur aurait *trompé* son cocontractant sur son âge ;

Dans l'autre cas, le mineur pourra faire tomber un acte juridique non soumis à formalités sans prouver aucune lésion : c'est le cas de la réception de paiement.

Développons l'une et l'autre hypothèses.

(1) Voici quelques hypothèses pratiques où la rescision a parfois été demandée : achat de meubles corporels (fournitures photographiques, Lyon 8 juin 1865, D. 66.1.53 ; achat de bicyclette, Trib. paix Châteldon, 2 juin 1906, Déc. J. paix 06.231), travaux effectués dans l'immeuble d'un mineur (installation d'éclairage électrique, Trib. Seine, 18 juin 1896, *Gaz. Pal.* 96.2. Supp. 10), billet causé pour fourniture d'aliments (Trib. paix Montastruc, 21 juin 1895, *Mon. J. Paix* 95.401), action en restitution de loyers payés (Trib. comm. Marseille 10 mars 1910, *Rec. Marseil.* 10.1.195), etc...

A. — Un mineur non assisté de son tuteur a passé un contrat avec un tiers. Il a affirmé sa majorité à son cocontractant ; bien mieux, il a corroboré son affirmation par l'affirmation d'autrui ou par la production d'un acte de naissance inexact (1). En un mot, il a trompé le tiers avec qui il traitait : il ne s'agit plus « d'une simple déclaration de majorité » qui, aux termes de l'article 1307, « ne fait point obstacle à la restitution » ; il s'agit d'une tromperie caractérisée. Or la loi qui protège le mineur contre les résultats de son inexpérience, ne le protège pas contre les effets de sa mauvaise foi : le contrat passé dans ces conditions est valable. La restitution n'intervient pas ici.

A vrai dire, si le résultat n'est pas douteux, son explication est un peu plus complexe qu'elle n'apparaît au premier abord. En réalité, l'incapacité contractuelle du mineur subsiste ; l'obligation contractée par lui reste rescindable. Mais si le mineur n'est pas tenu contractuellement, il est tenu par sa faute. C'est par le délit du mineur que le tiers a été amené à traiter avec lui. L'article 1382 régit la situation et l'article 1310 repousse l'application, dans cette hypothèse, de l'action en rescision. Le mineur devrait donc à son cocontractant des dommages-intérêts qui représenteraient le préjudice né de la non-exécution du contrat frauduleusement obtenu. La plus simple et la plus

(1) *Contra*, sous l'ancienne jurisprudence.

adéquate réparation de ce préjudice ne consiste-t-elle dans l'exécution du contrat ?

En réalité, la règle de la rescindabilité, de l'incapacité contractuelle subsiste ; mais elle est mise en échec par la règle de la capacité délictuelle.

B. — Un mineur a reçu un paiement : une somme d'argent lui était due, le remboursement lui en a été fait sans l'intervention de son tuteur. De droit commun, en face de cet acte qui dépasse sa capacité, le mineur n'a qu'un recours : le droit de demander la rescision de l'opération s'il prouve qu'elle a été lésionnaire pour lui : cette lésion proviendra le plus souvent du fait que, malhabile à gérer sa fortune, le mineur aura gaspillé les fonds.

L'article 1312 renverse la règle générale. Il dispense implicitement le mineur de faire la preuve de la lésion, et, fidèle à la tradition de notre droit, il érige en prescription la dissipation par l'incapable des fonds que le tiers a commis la faute ou l'imprudence de lui remettre. Mais contre le mineur, le *solvens* pourra agir en vertu des principes sur l'enrichissement sans cause ; il pourra se faire rembourser ce qui a profité au mineur ou — ce qui est la même chose — il pourra ne pas payer une seconde fois cette partie de la somme.

Ici encore la rescision subsiste au fond. La loi se contente d'admettre une présomption de lésion, présomption *juris tantum* qui aboutit à un renversement des règles de la preuve et qui laisse au cocontractant du

mineur la possibilité de prouver l'absence de lésion (1).

A considérer, au-delà des apparences, la réalité des faits, nous croyons pouvoir conclure que, dans notre législation moderne, la règle « minor restituitur non tamquam minor sed tamquam laesus » s'applique à tous les actes que le mineur accomplit seul et que son tuteur aurait eu le pouvoir d'accomplir sans recourir à aucune formalité légale.

Mais c'est à ces actes que se restreint aujourd'hui son champ d'application : la restitution a cessé de s'appliquer aux actes soumis à formalités vis-à-vis desquels la protection du mineur est assurée par la nullité pour vice de forme; elle a cessé de s'appliquer aussi aux actes courants du tuteur vis-à-vis desquels le mineur n'a plus d'autre protection que la responsabilité pécuniaire de son représentant.

(1) Rappr. Henrys, t. II, p. 976, q. 182.

CONCLUSION

Nous voici arrivé au terme de notre étude. Elle nous a montré comment l'*in integrum restitutio*, née de l'initiative du prêteur, puis tombée dans un oubli plus ou moins complet selon les régions, a émergé à nouveau dans notre ancien droit et a été mise en œuvre par nos Parlements des Pays de Droit écrit et des Pays de Coutumes.

Arrivée à son apogée au *xvii^e* siècle, la restitution, ou, pour l'appeler de son nom moderne, la rescision a vu dès lors se restreindre son terrain d'application. Pothier nous en a donné un premier témoignage en nous disant que, de son temps, elle n'était pas admise contre les actes de simple administration du tuteur. Au *xix^e* siècle, la jurisprudence a continué l'évolution commencée au *xviii^e* siècle, et, dans notre droit moderne, la rescision ne joue plus que contre les actes accomplis par le mineur seul et que la loi ne soumet à aucune condition de forme. Depuis 1880, cette catégorie d'actes est assez restreinte : elle ne comprend plus guère que les menus actes de la vie quotidienne

— les achats de fournitures, le bail immobilier, le contrat d'entreprise, etc. — et les opérations courantes que requiert l'administration d'une fortune ou l'exercice d'une activité juridique.

C'est en ce qui touche ces actes que le mineur se comporte, en fait, comme s'il était capable; c'est pour les faire tomber que la loi lui impose l'obligation de prouver l'existence d'une lésion; c'est pour ces hypothèses, en un mot, et pour ces hypothèses seulement, que subsiste dans notre droit la règle *minor restituitur non tamquam minor sed tamquam laesus*.

Est-ce un mal, et faut-il regretter que notre Code civil ait laissé au mineur non émancipé cette relative liberté? On l'a soutenu parfois, et on a opposé à notre vieille règle traditionnelle la réglementation plus rigide de certaines législations modernes, celle du droit allemand en particulier.

Le code allemand de 1900, en effet, contient sur ce point des règles très différentes de celles du Code civil de 1804. Fidèle en cela à la tradition romaine, il a conservé la notion de l'*infantia* ancienne : le mineur de sept ans, incapable de comprendre ce qu'il fait, n'a pas de place dans le commerce juridique; son incapacité d'exercice est complète; la déclaration de volonté qu'il peut émettre est inexistante aux yeux du droit (§§ 104 et 105 B G B.)

L'enfant de plus de sept ans, au contraire, n'est

plus un incapable; il est doué d'une « capacité restreinte » (§ 106). Sa déclaration de volonté est pleinement efficace si, par elle, il acquiert exclusivement un avantage juridique — « eine Willenserklärung durch die er... lediglich einen rechtlichen Vortheil erlangt ». On voit dans quelles limites étroites cette règle renferme la capacité du mineur : la loi ne s'attache pas aux réalités économiques, elle n'examine pas si la gestion du mineur a été pour lui avantageuse ou non, elle repousse ce système comme une source d'incertitudes et de difficultés; elle se contente d'analyser l'opération dans ses termes juridiques, et la repousse comme dépassant la « capacité restreinte », si elle y découvre autre chose qu'un pur et simple avantage pour le mineur. Elle ne pèse pas avantages et inconvénients pour juger l'acte; elle voit si l'acte pris en bloc ne contient que des avantages. C'est dire que tout contrat à titre onéreux dépasse la capacité du mineur, et qu'en réalité les §§ 106 et 107 B G B ne lui permettent guère que d'accepter un legs ou une donation. Encore faut-il qu'aucune charge ne grève la donation ou du moins que cette charge ne consiste qu'en une diminution de l'objet donné (1).

(1) Enthält freilich die Auflage kein *aliud*, sondern ein ledigliches *minus* gegenüber dem Geschenk, in dem nur von dessen Substanz ein Teil zu ihrer Erfüllung verwendet werden soll, so kann Schenkung und Auflage nicht isoliert betrachtet werden : es bleibt als Ergebniss der ersten ein auf die Differenz beschränkter reiner rechtlicher Vorteil, der Akt ist somit gültig. Oertmann, *Kommentar zum B G B*, t. I, p. 322.

Voilà à quoi se réduit, en règle, la « capacité restreinte » du mineur en droit allemand. Pour tous les autres actes, l'intervention du représentant légal est nécessaire; mais cette intervention se produit dans des conditions un peu différentes de celles que prévoit notre législation. Le mineur émet une déclaration de volonté, et cette déclaration n'est pas dénuée de toute valeur : son effet est simplement subordonné à la ratification — expresse ou tacite — du représentant légal du mineur, et cette ratification peut intervenir à tout moment, sans que le seul écoulement d'un délai plus ou moins long puisse en lui-même être interprété comme un refus de ratification. Mais le cocontractant du mineur peut mettre le représentant légal en demeure de ratifier, et alors c'est dans un délai de quinzaine que doit parvenir au cocontractant lui-même l'expression de la volonté du tuteur. Passé le délai de quinzaine, le silence du tuteur sera considéré comme un refus de ratification.

Telle est la situation normale faite au mineur. Elle est différente — comme en droit français — pour le mineur commerçant (§ 112). Elle est différente aussi pour le mineur autorisé à se placer et qui peut dès lors donner congé, passer un nouveau contrat, etc. (§ 113.) Elle est différente enfin, et surtout, pour le mineur qui remplit les engagements contractés par lui avec des ressources qui lui ont été confiées dans ce but ou qui ont été mises à sa libre disposi-

tion, soit par son représentant légal, soit par un tiers avec l'autorisation de ce représentant. Dans la limite de ces moyens, le mineur est maître de ses actes, comme le serait un majeur. L'étudiant qui reçoit une pension, remarque Oertmann, peut la dépenser à sa fantaisie : ces ressources ont été mises à sa libre disposition ; l'emploi qu'il en fait peut être contraire aux désirs ou aux ordres du père : au point de vue juridique, il ne saurait être critiqué.

La législation que nous venons d'exposer mériterait-elle d'être considérée, en regard des solutions admises dans notre droit moderne, comme un modèle qu'il serait désirable d'imiter ?

Remarquons d'abord que la situation de fait du mineur n'est pas très différente dans les deux législations.

Dans l'une et dans l'autre, l'autorisation du représentant légal du mineur est la règle : les actes du mineur autorisé sont pleinement valables ; les actes du mineur agissant seul sont irréguliers et soumis en principe à une cause d'annulation.

En droit allemand, cette cause d'annulation disparaît lorsque le mineur a obtenu un pur avantage juridique ou lorsqu'il dispose librement de certaines ressources, soit parce que le tuteur les lui a confiées, soit parce que celui-ci l'a mis en mesure de se les procurer.

En droit français, les actes du mineur sont pleine-

ment valables lorsque le magistrat saisi par lui reconnaît en fait que l'opération juridique qu'il critique n'a été pour lui la source d'aucun préjudice, qu'il a fait, malgré son jeune âge, ce qu'aurait fait à sa place un homme sage et expérimenté.

A vrai dire, le second système nous paraît préférable. Nous ne voyons aucune raison, en effet, lorsque le mineur a sagement agi, mais qu'il a passé un acte à titre onéreux ou qu'il n'a pas de ressources personnelles, de subordonner la validité de son opération à la ratification du représentant légal. Ne vaut-il pas mieux ouvrir au mineur le plus largement possible l'accès de la vie juridique? Ne vaut-il pas mieux aussi dispenser le tiers du souci superflu de mettre en demeure le représentant du mineur et de lui demander de se prononcer?

Sans doute, le système allemand offre des avantages : l'un de ces avantages réside dans le droit pour le cocontractant du mineur de revenir sur sa déclaration de volonté (§ 109) s'il a ignoré la minorité de celui avec qui il a traité ou si celui-ci lui a affirmé mensongèrement qu'il était autorisé à contracter. Un second avantage, le plus précieux, consiste dans la limitation du délai pendant lequel subsiste l'incertitude sur la valeur du contrat passé par le mineur non assisté.

Le système français — le système de la rescision — n'a-t-il pas, au contraire, le gros inconvénient de

constituer à l'égard des tiers une menace intolérable?

L'étude de la jurisprudence suffit à répondre à cette critique. On y verra que chez nous la rescision est bien rarement demandée. Et elle est rarement demandée parce que, presque toujours, les tiers qui traitent avec les mineurs sont de bonne foi, et qu'il s'agit d'actes courants où il est difficile d'apercevoir une lésion.

Faut-il, dans ces conditions, alors que depuis des siècles la pratique s'en accommode, alors qu'elle l'a ramenée à sa juste sphère d'application, souhaiter la suppression de la rescision et son remplacement par des textes nouveaux, étrangers à l'évolution de nos institutions? C'est là un vœu bien imprudent que nous laisserons à d'autres la hardiesse de formuler.

Nées des mêmes origines romaines, les institutions allemandes et les institutions françaises se sont orientées dans deux voies différentes. Le triomphe de l'Authentique de Frédéric Barberousse a entraîné dans les pays germaniques la suppression de l'*integrum restitutio*; l'échec de la même Authentique en a permis chez nous la survivance.

Longuement façonnée par nos anciens Parlements, puis par notre jurisprudence moderne, aux besoins de la vie juridique, la rescision dont l'application est aujourd'hui restreinte à une série d'hypothèses bien

déterminées aboutit ainsi, tout en protégeant efficacement le mineur, à ne le pas enfermer dans une incapacité trop étroite, et à lui permettre de s'initier sans trop de danger à la vie juridique.

VU : *Le Président,*
CAPITANT.

VU : *Le Doyen,*
F. LARNAUDE.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
LIARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	1
I. — DROIT ROMAIN	11
II. — ANCIEN DROIT	40
1 ^o Droit écrit	40
2 ^o Droit coutumier	56
III. — DROIT MODERNE	111
1 ^o Actes soumis à formalités et irrégulièrement accomplis	115
2 ^o Actes réguliers en la forme	137
A. — Actes soumis à formalités et réguliè- rement accomplis	138
B. — Actes non soumis à formalités et dont l'accomplissement entre dans les pouvoirs normaux du tuteur	150
§ 1. — Actes accomplis par le tuteur ou par le mineur assisté	151
§ 2. — Actes accomplis par le mineur seul	161
IV. — CONCLUSION	177

PITHIVIERS. — IMP. DOMANGÉ ET C^{ie}. — 7594

~~~~~  
PITHIVIERS. — IMP. DOMANGÉ ET C<sup>ie</sup>. — 7594  
~~~~~